



**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito**

João Marcos Braga de Melo

**Teoria do Bem jurídico-penal: Uma crítica ao funcionalismo
alemão sob a óptica da “nova” teoria pessoal**

**Brasília
2015**

João Marcos Braga de Melo

**Teoria do Bem jurídico-penal: Uma crítica ao funcionalismo
alemão sob a óptica da “nova” teoria pessoal**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Orientadores: Professor Pós-Doutor Juarez
Estevam Xavier Tavares e Professora Doutora
Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

Brasília

2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Nome: BRAGA DE MELO, João Marcos.

Título: Teoria do Bem Jurídico-Penal: Uma crítica ao Funcionalismo alemão sob a ótica da “nova” teoria pessoal.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da defesa: 26.11.2014

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Pós-Doutor Juarez Estevam Xavier Tavares (Orientador)

Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho (Orientadora)

Professor Doutor José Carlos Nobre Porciúncula Neto

Professor Mestre Ademar Borges de Sousa Filho

Aos meus pais, por terem, em todos os momentos, acreditado em mim.

Ao meu irmão, por ter me ensinado a dividir e ser, sempre, o grande companheiro que a vida me deu.

Aos amigos que fiz nestes 5 anos, o maior valor que levarei deste período.

Ao Juarez Tavares, por ter, com suas ideias, assaltado a gramática do poder punitivo, assassinado a lógica da repressão e devolvido a dogmática-penal para a realidade do dia-a-dia.

Ao Ademar, companheiro aguerrido de trabalho e irmão por escolha.

O justo que era, aquilo estava certo. Mas, de outros modos – que bem não sei – não estava. Assim, por curta idéia que eu queira dividir: certo, no que Zé Bebelo tinha feito; mas errado no que Zé Bebelo era e não era. Quem sabe direito o que uma pessoa é? Antes sendo: julgamento é sempre defeituoso, porque o que a gente julga é o passado. Eh, bê. Mas, para o escriturado da vida, o julgar não se dispensa; carece? Só que uns peixes tem, que nadam rio-arriba, da barra às cabeceiras. Lei é lei? Loas! Quem julga, já morreu. Viver é muito perigoso, mesmo. (João Guimarães Rosa. Grande Sertão: Veredas.).

AGRADECIMENTOS

Uma genealogia do presente trabalho monográfico demonstraria que o seu gérmen se encontra numa das melhores aulas sobre Direito Penal que tive na Universidade de Brasília, em 25 de junho de 2014, e ministrada por um Professor que fazia uma visita. Nesse mesmo dia, fui para o escritório e contei sobre o excelente debate que tivera acerca da tese doutoral do Professor José Carlos. Após longa conversa, propus ao Professor Juarez Tavares uma Palestra na UnB. Curiosamente, o tema foi Bem Jurídico-Penal. De lá para cá, tive a privilegiada oportunidade de aprender sobre o assunto e sobre muitos outros, não em aulas expositivas, mas sim em longas conversas, travadas, numa sala de escritório, com um grande ser humano, que, aos poucos, foi se tornando um verdadeiro amigo. Dessa forma, não poderia deixar de agradecer ao Professor Juarez Tavares e ao Professor José Carlos Porciúncula.

A outra metade desta obra, especialmente quanto à sua forte influência da criminologia crítica, encontra na figura e nas aulas da Professora Ela Wiecko um dos seus maiores referenciais. É inegável que o trabalho acadêmico da Professora Ela influencia na formação crítica de dezenas de estudantes que saem todos os anos da UnB. Portanto, à Professora Ela agradeço por ter contribuído, de forma direta, mediante suas aulas, e indireta, por carregar uma bandeira libertária e de garantia de Direitos Humanos em sua trajetória de vida.

Por fim, a discussão ora proposta não teria ocorrido da forma como se encontra, se não fossem os conselhos, intervenções e ajudas, sempre constantes, do amigo Ademar Borges. Esses motivos me levam, também, a agradecê-lo.

Resumo

O presente trabalho consiste na formulação de uma crítica ao conceito de bem jurídico-penal no funcionalismo alemão, com a apresentação, ao fim, de uma pretensa alternativa, mais adequada à realidade brasileira. Essa segunda via é denominada aqui de a “nova” teoria pessoal do bem jurídico-penal. Para a conceituação de bem jurídico-penal, parte-se das constatações empíricas da corrente criminológica crítica e da teoria pessoal do bem jurídico-penal. A “nova” proposta é relevante porque se verifica, quanto à teoria funcionalista, uma dissociação com o mundo empírico, o que é especialmente grave no contexto de capitalismo *marginal*, vivenciado no Brasil. Além disso, a tradicional teoria pessoal do bem jurídico-penal, defendida por Winfried Hassemer, pode ser criticada na medida em que não atinge o cerne do protecionismo, qual seja, a aceitação do Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos. Dessa forma, a presente obra monográfica é desenvolvida em dois momentos. Inicialmente, são descritas as bases dogmáticas e o conceito de bem jurídico-penal em Gunther Jakobs e Claus Roxin, expondo, ao fim da apresentação da perspectiva de cada autor, uma crítica, com base na criminologia crítica. Num segundo momento, apresenta-se a tradicional teoria pessoal do bem jurídico-penal e sua nova reformulação, especialmente na obra de Juarez Tavares. A partir da obra de Tavares, Zaffaroni, Andrade, Baratta, entre outros, busca-se retirar do conceito de bem jurídico-penal toda função legitimante do Sistema de Justiça Criminal. Por fim, veicula-se a ideia de que o bem jurídico-penal deve ser um elemento na teoria do delito, capaz de reduzir a irracionalidade inerente ao exercício do poder punitivo.

Palavras-chave: Bem jurídico-penal. Funcionalismo. Teoria pessoal do bem-jurídico. Criminologia Crítica. Deslegitimação do Poder de Punir. Contenção do poder punitivo.

Abstract

The present work consists in a critique of the concept of legal goods in German functionalism, with an alleged alternative, more suitable to Brazilian reality. In this essay the alternative route is called the "new" personal theory of the legal interests. To this concept, it is necessary to assume the empirical findings of critical criminology studies and so, the personal concept of legal goods. The "new" way is relevant because there is a dissociation with the empirical world at the functionalism theory, which is severe in the context of marginal capitalism in Brazil. Furthermore, the traditional personal theory of the legal goods, well defended by Winfried Hassemer, can be criticized because it does not reach the core of protectionism, the admission of criminal law as legal interests protection tool. Thus, this work is developed in two stages. Initially, it describes the dogmatic bases and the concept of legal goods in Gunther Jakobs and Claus Roxin theoris, exposing, by the end of the essay the perspective of each author, a review, based on critical criminology studies. Secondly, it presents the traditional personal theory of legal interests and its new makeover, especially in Juarez Tavares' work. From the theory of Tavares, Zaffaroni, Andrade, Baratta, among others, this work attempts to remove the concept of legal interests all legitimating function for the Criminal Justice System. Finally, it presents that the concept of legal interests should be an element in the theory of the crime to reduce the irrationality inherent in the exercise of punitive power.

Key-words: Legal interests. Functionalism. Personal theory of legal interests. Critical Criminology studies. Delegitimization of Punishment Power. Containment of punitive power.

Sumário

Introdução.....	11
I.I. O normativismo radical de Gunther Jakobs.....	14
I.II. O Conceito de bem jurídico-penal em Gunther Jakobs.....	19
I.III Crítica ao conceito de bem jurídico de Gunther Jakobs.....	21
II.I Roxin e a fundamentação político-criminal do Sistema Jurídico Penal.....	25
II. II. Bem jurídico-penal em Roxin.....	30
II. III. Crítica ao conceito de bem jurídico-penal de Roxin.....	33
III. I Sistema jurídico-penal racional em Winfried Hassemer.....	36
III. II. Conceito pessoal de bem jurídico-penal em Winfried Hassemer.....	40
III.III Crítica à perspectiva de Hassemer.....	45
IV.I A “nova” perspectiva de contenção do poder punitivo.....	49
IV.II O “novo” conceito pessoal de bem jurídico-penal.....	52
V.I. Duas primeiras decorrências lógicas do “novo” conceito pessoal de bem jurídico.....	56
V.II. O Bem Jurídico como instrumento de fragmentariedade do Direito Penal ínsito ao próprio tipo.....	60
V.III. O Bem Jurídico como instrumento de contenção da irracionalidade seletiva da lei penal. O que há de mais “novo”	63
Conclusão.....	68
Bibliografia.....	71

Introdução

Atribui-se a origem da teoria do bem jurídico-penal a BIRNBAUM e o seu desenvolvimento, sob a perspectiva liberal, a FEURBACH, isso ainda no século XIX. Longe de se fazer uma retrospectiva histórica quanto às inúmeras teorias, num primeiro momento, o presente trabalho restringir-se-á, basicamente, ao estudo do posicionamento de Gunther JAKOBS, Claus ROXIN e Winfried HASSEMER. Isso porque os dois primeiros autores são, no Brasil, notadamente os maiores expoentes do funcionalismo alemão, ao passo que o último é o criador da teoria pessoal do bem jurídico.

O funcionalismo pode, desde já, ser caracterizado por *elaborar sistemas conceituais funcionais aos objetivos que atribuem à pena, que, para eles* [ROXIN e JAKOBS], *configura um instrumento de poder punitivo igualmente funcional para a preservação de uma sociedade também compreendida como sistema*¹. Ambos os autores percebem a sociedade sob uma perspectiva unitária, em que a pena é a expressão de valores compartilhados por todos e serve para conservar a vida em sociedade.

É compreensível o sucesso do modelo funcionalista na Alemanha, pois, como lembra Davi de Paiva TANGERINO, a sociedade alemã estrutura-se de forma bastante homogênea. O alemão é um membro de classe média, como a quase totalidade de seus concidadãos, estudou em escola pública, como a maioria, e foi submetido a uma rigorosa supervisão parental, *marcada pela ética da obediência e da não admoestação do próximo*².

A importação do modelo funcionalista, no entanto, para uma realidade de capitalismo *marginal*³, como a brasileira, caracterizada pela desigualdade estrutural, por mortes em massa e por um sistema penal que funciona com forte tendência eugênica, não é adequada. Deste lado do trópico, não é difícil perceber que o sistema penal encarcera uma parcela da população cuja história de vida, permeada por falta de escolhas, e cor da pele são muito homogêneas.

¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2010. p. 61.

² TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade*. 2014.

³ Sobre o conceito de realidade *marginal*, observar: ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 2001.

No Brasil, a violência penal cotidiana recai sobre os setores mais vulneráveis da população. Convive-se com desaparecimentos de pessoas, homicídios promovidos pelo Estado e o sempre presente risco de repressão política. Como lembra ZAFFARONI, o Estado policial não morreu e é percebido com maior evidência no exercício do poder punitivo, permeado pela irracionalidade, seletividade e corrupção.

Em um contexto de Direito Penal libertário, surge a teoria pessoal do bem jurídico, como uma alternativa viável de contenção do poder punitivo. Essa é talvez, como lembra NEUMANN, a contribuição mais pessoal de Winfried HASSEMER à teoria do delito, em dois sentidos: *em primeiro lugar, uma contribuição pessoal como uma abordagem original, comprometida apenas com alguns poucos modelos que lhe antecederam. Mas ela é também uma contribuição pessoal no sentido de uma concepção jurídico-penal que traduz num modelo penal consistente as marcantes convicções éticas e político-jurídicas de seu autor*⁴.

Não obstante ser a teoria de HASSEMER a base da formulação conceitual ora proposta, o conceito de bem jurídico deve-se adequar ao contexto *marginal* brasileiro, vivenciado pela nossa realidade latino-americana, e às críticas formuladas pela denominada *criminologia crítica*. Por isso, o ponto de vista de cada um desses três autores será apresentado e, logo em seguida, criticado, tendo em vista o marco teórico do presente trabalho.

Pode-se dizer que a aqui denominada “nova” teoria pessoal do bem jurídico tem como principal fonte de embasamento a obra de Juarez TAVARES, a teoria funcional redutora de Eugênio Raúl ZAFFARONI e as críticas formuladas por Vera ANDRADE e Alessandro BARATTA, entre outros. Usa-se as aspas em razão de a novidade ser parcial, uma vez que a essência da teoria encontra raízes em HASSEMER.

Essa “nova” estruturação dogmática tem como pressuposto serem a contenção do poder punitivo e a proteção da liberdade os objetivos buscados pelo Direito Penal. Isso porque se reconhece a deslegitimidade do Sistema de Justiça Criminal como mecanismo de solução de conflitos e de proteção da sociedade. Essa reformulação teórica parece mais adequada em razão de sua precípua fundamentação empírica, especialmente tendo em vista as constatações sobre o funcionamento do Direito Penal na realidade. É certo que as constatações aqui propostas

⁴ NEUMANN, Unfried. *A Teoria pessoal do Bem Jurídico*. (Conferência proferida no Seminário Internacional em homenagem a Winfried Hassemer – EMERJ – RIO DE JANEIRO – março de 2014). Tradução de Antônio Martins.

necessitam de um maior aprofundamento teórico, talvez a ser desenvolvido em trabalho posterior, mas inviável num trabalho de conclusão de curso.

I.I. O normativismo radical de Gunther Jakobs

No período pós-guerras, a dogmática penal distanciou-se, cada vez mais, da utilização de dados ontológicos e de estruturas lógico-reais para a estruturação da teoria do delito, elementos determinantes para a estruturação da teoria finalista da ação⁵.

No âmbito da teoria finalista, WELZEL defendia, além do jusnaturalismo, a crença numa fundamentação e numa validade *transpositiva* de todo o direito. Afirmava, também, a possibilidade de descoberta de *princípios de ação relativamente a situações novas, não experimentadas e, para as quais, dada a complexidade que nelas, eventualmente, se descobrisse, os princípios tradicionais não forneceriam critérios válidos de decisão*⁶.

Ao inserir-se no debate entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, o citado autor defendia a ideia segundo a qual “*o Direito natural não pode ser encontrado fora do Direito positivo ou acima dele, porém se insere no mesmo como seu limite imanente*”⁷. A concretização desses *limites imanes* dar-se-ia por meio de estruturas lógico-objetivas, sendo a primeira dessas a ação finalista⁸.

Veja-se, assim, que, ao contrário do que defendido pelos manuais, a ação final não é o ponto de partida da teoria finalista da ação de WELZEL, mas sim uma decorrência lógica da perspectiva de Direito adotada pelo Professor de Bonn⁹.

A contraposição da teoria proposta por WELZEL é, ironicamente, construída por seu discípulo Gunther JAKOBS. Importante observar, desde já, que se falar em uma teoria do Direito Penal de JAKOBS é algo realmente complicado, porque o autor mudou seus posicionamentos sobre certos pontos mais de uma vez, e algumas de suas construções

⁵ ROXIN, Claus. *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal*. In Estudos de Direito Penal, 2012, p. 55.

⁶ TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade*. 2014, p. 92.

⁷ WELZEL, Hans. *Naturrecht und Rechtspositivismus*. Apud: TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade*. 2014, p. 88.

⁸ WELZEL, Hans. *Naturrecht und Rechtspositivismus*. Apud: TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade*. 2014, p. 88.

⁹ TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade*. 2014, p. 92.

dogmáticas não são muito claras¹⁰. De toda forma, a teoria defendida por JAKOBS é classificada por SHUNEMANN de “*normativismo livre de dados empíricos*”¹¹.

Como lembra PORCÍNCULA NETO, desde o prólogo da primeira edição de seu Tratado, JAKOBS afirma o seu rompimento com a teoria do Direito penal de amparo ontológico, propondo uma radical normatização dos elementos constitutivos do delito, os quais perderiam seu conteúdo pré-jurídico e passariam a ser considerados não mais a partir da essência dos objetos, mas de sua função, da missão que esses elementos devem cumprir no âmbito penal¹². Nesse contexto, o Direito penal compreenderia seus objetos de acordo com o seu próprio sentido. A realidade seria construída pelo próprio Direito penal¹³.

De acordo com JAKOBS, o delito e a pena não se situam no plano fático, mas sim simbólico, ou seja, o delito não é visto como uma realização externa, mas é antes compreendido como a manifestação de uma pretensão de sociedade na qual a norma não tem vigência¹⁴. A pena seria uma censura a reafirmar a configuração social vigente. Também o conceito de sujeito não está fixado de um modo ontológico-substancial, mas é previsto normativamente.

JAKOBS parte de um modelo de sociedade repleta de contatos anônimos, em que é necessário, para o convívio social, o cumprimento de certas expectativas de comportamento. Essas expectativas referem-se à identidade da sociedade, o cumprimento delas possibilita a vida tal como ela é. Existem duas espécies de expectativas, as normativas e as cognitivas.

¹⁰ Acerca da própria ideia de se atribuir ao Direito Penal a função de garantir a identidade normativa da sociedade, observe-se a crítica de Luís Greco, que afirma: “*Minha principal crítica é a falta de clareza de Jakobs a respeito do caráter de sua teoria: está ele falando de uma função em sentido descritivo (o modo como o direito penal realmente opera) ou em sentido normativo/prescritivo (aquilo que o direito penal deve almejar)? Como teoria descritiva, a ideia de que o direito penal tem a função de reafirmar a identidade normativa de uma sociedade é plausível, mas ela não passará de uma teoria entre muitas outras, e, além disso, será impossível extrair dela quaisquer consequências jurídicas, uma vez que estas são formuladas sempre em sentido normativo/prescritivo (“A deve ser punido” “B não deve ser punido”). Se a teoria for, porém, compreendida em sentido normativo, então ela perderá a sua plausibilidade e há de tornar-se falsa. Pois, num Estado de Direito, a identidade normativa de uma sociedade não apresenta valor qualquer*”. (GRECO, Luís. *Cumprimento através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*. 2004. p. 33.)

¹¹ Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Normativismo, Política Criminal e Dados Empíricos na Dogmática do Direito Penal*. Igualmente: PORCÍNCULA NETO, José Carlos Nobre. *La <<exteriorización de lo interno>>: Sobre la Relación entre lo <objetivo>> y lo <<subjetivo>> en el tipo penal*. 2012, p. 230.

¹² PORCÍNCULA NETO, José Carlos Nobre. *La <<exteriorización de lo interno>>: Sobre la Relación entre lo <objetivo>> y lo <<subjetivo>> en el tipo penal*. 2012, p. 230.

¹³ PORCÍNCULA NETO, José Carlos Nobre. *La <<exteriorización de lo interno>>: Sobre la Relación entre lo <objetivo>> y lo <<subjetivo>> en el tipo penal*. 2012, p. 230.

¹⁴ PORCÍNCULA NETO, José Carlos Nobre. *La <<exteriorización de lo interno>>: Sobre la Relación entre lo <objetivo>> y lo <<subjetivo>> en el tipo penal*. 2012, p. 230.

Essas últimas referem-se às regras da natureza e, *se forem frustradas, é porque se calculou mal e deve-se seguir outra orientação, ou seja, calcular melhor no futuro – com a sabedoria adquirida com a experiência – quando é que não se pode desdenhar a frustração como quantité négligeable*¹⁵.

*Uma expectativa normativa, no entanto, não deve ser abandonada nem mesmo em caso de frustração, mas pode ser sustentada (contrariamente aos fatos), definindo-se como falta normativa não a expectativa do frustrado, mas a violação normativa do causador da frustração*¹⁶.

Nesse contexto, o Direito é responsável por assegurar o fiel cumprimento de expectativas formalizadas em normas – expectativas normativas – e assim garantir a identidade da sociedade.

Isso se dá em razão de as normas jurídicas terem como característica a circunstância de não perderem sua validade, mesmo quando elas não são cumpridas. O Direito existiria independentemente das circunstâncias fáticas. Na dissociação com o plano fático, reside a autonomia do Direito como sistema capaz de produzir a sua própria realidade.

O crime, para JAKOBS, não existe no mundo natural, consubstancia-se na mera *defraudação de expectativas em si mesmas*¹⁷, ou seja, é a afirmação de um sentido contrário àquele referenciado na norma. Nesse contexto, todo delito carrega consigo uma pretensão de rompimento com a identidade social. Tal circunstância ocorre porque o delito afronta a identidade da sociedade e carrega consigo a pretensão de alteração do *status quo*.

Com a resposta penal, declara-se, contra a pretensão de validade inerente ao comportamento delitivo, que há de se respeitar a configuração social manifesta na norma. Nas palavras do autor: *[q]uando a sociedade pune, ela se nega a conceber uma mudança de sua configuração, o fato punível, como um ato de evolução, como uma parte de suas possibilidades, por meio da punição se mantém firme o status quo, contrariamente à proposta de mudança. Da mesma forma que uma pessoa rechaça uma pretensão que não se encaixa com a sua maneira*

¹⁵ JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009, p. 22.

¹⁶ JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009, p. 23.

¹⁷ JAKOBS, Gunther. *Imputación Jurídico-Penal, Desarrollo del Sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma*. 1998. In: JAKOBS, Gunther. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración normativa de la Sociedad*, p. 76.

*de ser, também a sociedade rechaça a pretensão de abandonar a expectativa rompida, ratificando sua identidade*¹⁸.

A pena também não representa um conflito relevante em razão de suas consequências externas, ela importa, antes, para o plano do significado. Por meio dela, afirma-se que a relevância do comportamento violador não se mostra determinante para o convívio social e que a norma sempre é vinculante. Essa oposição à violação normativa à custa do agente é a pena.

Dessa forma, a pena tem como função preservar a norma enquanto modelo de orientação para contatos sociais¹⁹. Em síntese, o delito é a negação do significado das normas, ao passo que a pena é a forma de adesão ao significado normativo²⁰. Vê-se que o conceito de pena de JAKOBS se aproxima ao de HEGEL (como negação da negação).

Especificamente quanto à teoria da pena, a dissociação completa dos dados empíricos e de estruturas lógico-reais na construção da teoria de JAKOBS sofreu mitigações ao longo de seu desenvolvimento, como bem lembra PORCIÚNCULA NETO. Esse último autor alerta para três fases do desenvolvimento do pensamento do Professor de Bonn. Num último momento, JAKOBS teria aceitado o papel fundamental dos dados empíricos na teoria da pena, cuja consequência é que a norma, enquanto expectativa de condutas institucionalizada, somente pode gerar orientação social se produzir também medo e convicção a potenciais delinquentes.

Outra consequência relevante decorrente da perspectiva puramente normativa de JAKOBS é o conceito de pessoa utilizado pelo autor. Para ele, *“é pessoa quem é capaz juridicamente. Por conseguinte, estão excluídos do âmbito das pessoas aqueles que não podem <<disfrutar>> de nenhum direito, nem suportar nenhum dever. Estão parcialmente excluídos quem não participa de determinados direitos e deveres”*²¹.

¹⁸ JAKOBS, Gunther. *Imputación Jurídico-Penal, Desarrollo del Sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma*. 1998. In: JAKOBS, Gunther. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración normativa de la Sociedad*, p. 75/76..

¹⁹ JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009, p. 24.

²⁰ JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009, p. 63.

²¹ JAKOBS, Gunther. *Personalidad y exclusión em Derecho penal*. 2000. In: JAKOBS, Gunther. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración normativa de la Sociedad*, p. 51/52..

Esse conceito puramente normativo de pessoa revela-se importante, porque o delito é, precisamente, a inobservância por parte do autor de seu papel de cidadão fiel ao Direito, vale dizer, de seu papel de pessoa. Os critérios de imputação estão atrelados à ideia de *papeis sociais*.

Do conceito de pessoa decorre que o Direito não existe para proteger bens jurídicos, mas sim para garantir a vigência de certas normas consideradas fundamentais para uma determinada sociedade²². Essas normas projetam-se sobre os indivíduos, membros da sociedade, atribuindo diferentes papeis²³. O papel é, em suma, uma abreviatura do conjunto de normas que rege a conduta de um indivíduo em determinada interação social.

No trânsito, por exemplo²⁴, há pessoas cujos deveres consubstanciam-se no papel de motorista, outras no de pedestre. Cada uma dessas posições é garantida por um rol de normas: há expectativas no sentido de que o motorista deva se comportar de certa maneira, o mesmo valendo para os pedestres, guardas, etc. Enquanto cada um continuar a representar o seu papel, as normas da sociedade estão sendo respeitadas, e essa permanece, portanto, ela mesma, igual ao que sempre foi.

Suponha-se, contudo, que o motorista realize uma ultrapassagem proibida, colidindo com um carro que vinha em sentido contrário. Esse comportamento é uma nítida violação do papel normativo de motorista, uma vez que há normas que determinam o momento adequado de ultrapassagem, o que configura o delito de homicídio doloso²⁵.

Para JAKOBS, o tipo penal realiza-se somente quando há violação de um papel. Vê-se, assim, que o autor prescinde, por completo, da ideia de bem jurídico como limite à configuração do tipo penal. Por essa razão, ROXIN identifica JAKOBS como um detrator do conceito de bem jurídico.

²² GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*. 2004. p. 33.

²³ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*. 2004. p. 33.

²⁴ Exemplo extraído com modificações da obra: GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*. 2004.

²⁵ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*. 2004. p. 33.

I.II. O Conceito de bem jurídico em Gunther Jakobs

Em JAKOBS, a legitimidade formal do Direito Penal consiste na aprovação das leis conforme à Constituição²⁶. A legitimidade material, por sua vez, reside no fato de as leis penais serem necessárias à manutenção da sociedade e do Estado²⁷. A contribuição do Direito Penal na manutenção da configuração da sociedade é a garantia de normas.

Nesse contexto, o bem a ser protegido pelo Direito Penal é *a solidez das expectativas normativas essenciais ante à decepção, solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática*²⁸. Observe-se que bem jurídico passa a ser a eficácia das normas.

O citado autor critica a perspectiva de ser a proteção do bem jurídico a fonte de legitimidade da lei penal. Isso porque a maior parte dos bens da vida que a doutrina usualmente entende como *bens jurídicos* – saúde, vida, patrimônio – podem ser lesionados independentemente da existência de norma penal.

Caso se aceite ilimitadamente a função do Direito Penal de estabilizar os bens jurídicos, a morte por senilidade, ou a deterioração de uma coisa ao longo do tempo, entre outros, passariam a ter relevância penal²⁹. Diante do absurdo dessa concepção, torna-se claro que os limites da eficácia do conceito de bem jurídico são normativos. Portanto, conclui o autor que *não é a causação de uma morte que configura lesão de um bem jurídico-penal, mas a desobediência normativa contida no homicídio evitável*³⁰.

Nesse contexto, esclarece-se a perspectiva de JAKOBS com um simples exemplo. Para ele, bem jurídico, nos crimes contra a propriedade, não seria a coisa alheia ou a relação dos proprietários para com suas coisas, enquanto unidade funcional de ação para a satisfação de

²⁶ Segundo a perspectiva Luhmanniana, da qual parte JAKOBS, a diferenciação da política em o Direito ocorre por meio da Constituição. A partir de então rege, nas normas jurídicas, o código: constitucional-inconstitucional. Sobre esse assunto veja: LUHMANN, Niklas. A constituição como aquisição evolutiva, disponível em <<<http://docslide.com.br/documents/luhmann-niklas-a-constituicao-como-aquisicao-evolutiva.html>>>, acessado em 28/10/2015.

²⁷ JAKOBS, Gunther. *Personalidad y exclusión em Derecho penal*. 2000. In: JAKOBS, Gunther. *Dogmática de Drecho Penal y la Configuración normativa de la Sociedad*, p. 51/52..

²⁸ JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009, p. 61.

²⁹ JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009, p. 63.

³⁰ JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009, p. 63.

necessidades ou para a obtenção de lucros, *mas a eficácia do conteúdo normativo que expressa que a propriedade deve ser protegida*³¹.

Portanto, o conceito de bem jurídico é positivado e consiste em tudo aquilo que é socialmente valioso para a lei³². Veja-se que o bem jurídico está restrito ao plano simbólico e é, em última análise, a proteção da manifestação da identidade da sociedade. Dessa forma, o bem jurídico perde por completo o seu caráter de limite ao poder punitivo e deixa de ser visto como núcleo da ação delitiva.

Conforme JAKOBS, a configuração do delito prescinde da lesão a bem jurídico, pois, para que haja crime, “[n]ão há que se tratar nunca da lesão de um bem jurídico mediante inobservância (e não violação!) da relação somente negativa (não lesar), mas sempre da recusa em se comportar de modo conforme ao papel que se representa em uma instituição, seja como compatriota, patriota ou outros³³”.

Embora o bem jurídico não limite a incriminação pelo Estado, ele desempenha o papel informativo de *unidade funcional*, no sentido de que “*nem todo objeto de regulação de uma norma constitui um bem jurídico, mas apenas aqueles que desempenham uma função para a sociedade ou para um de seus subsistemas, inclusive o cidadão*”³⁴. Essa ideia *unidade social* encontra limite no conceito de *perturbação social*, o qual é dissociado do bem jurídico e se relaciona estritamente com a configuração da sociedade. A *unidade social* informa, tão somente, quais comportamentos não têm efeitos externos, objetivamente, ou, segundo a opinião dos cidadãos, devem ser retirados do âmbito da regulação penal, por falta de referência social e por constituírem mera imoralidade e, por isso, não devam ser consideradas bens jurídicos³⁵.

Veja-se que o conceito de bem jurídico não é o limite ao poder do Estado, mas sim a falta de referência social, ressalte-se, é a identidade da sociedade o limite para a incriminação.

Para JAKOBS, *não é possível determinar o que é meramente imoral sem suposições prévias sobre a forma de sociedade*³⁶. Nesse contexto, a teoria do autor admite sociedades

³¹ JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009, p. 64.

³² JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009, p. 63.

³³ JAKOBS, Gunther. *Personalidad y exclusión em Derecho penal*. 2000. In: JAKOBS, Gunther. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración normativa de la Sociedad*, p. 51/52..

³⁴ JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009, p. 75.

³⁵ JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009, p. 63.

³⁶ JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009, p. 75.

modernas em que, por exemplo, a homoafetividade seja criminalizada³⁷, porque não existe uma fronteira cuja validade seja absoluta, entre, de um lado, o comportamento meramente imoral e, de outro, a lesão da infração de dever especial e a violação da paz social; mas pode-se muito bem estabelecer esse limite à criminalização para uma sociedade de determinada configuração³⁸.

Veja-se que a teoria ora estudada não carrega nenhuma pretensão universalizante acerca do conceito de bem jurídico penal. Esse conceito não representa nenhum limite à lei penal e, também, não representa nenhuma garantia de proteção do indivíduo.

I.III Crítica ao conceito de bem jurídico de Gunther Jakobs

A volta às estruturas lógico-reais, quanto à teoria do Direito Penal, nos escritos de Hans Welzel, representa uma importante oposição ao neokantianismo, o qual só torna racionalmente acessível o mundo através do valor. Para o neokantianismo, as coisas existem amorfas na realidade, e cada observador cria a forma dessas coisas ao imprimir-lhes as categorias de pensamento, os *a priori*.

Segundo WELZEL, quando KANT afirmara que o entendimento prescreve às coisas as suas próprias leis, não teria ele se referido ao entendimento humano (consoante a leitura neokantiana), porém ao entendimento puro. Welzel entende que as categorias *a priori* não são subjetivas, no sentido de que possam variar em cada homem, porém objetivas, para toda mente inteligente³⁹.

Isso significa que o direito, quando se refere a qualquer ente, deve reconhecer que esse está inserido numa certa ordem, que o mundo não é um “caos” e que o conhecimento jurídico, como todo conhecimento, não altera o objeto do conhecimento⁴⁰. Não se quer dizer que a teoria

³⁷ JAKOBS afirma que “O fato, por exemplo, de o homicídio de uma pessoa aleijada não ser meramente imoral, mas os comportamentos lésbicos sim, apenas é válido para sociedades que consideram como assunto público a existência de todos os membros, mas não uma atividade sexual consensual dos membros. Para sociedades que se definem como bastião de elites biológicas, a decisão pode ser a inversa; sociedades que elevam o aperfeiçoamento de seus membros à categoria de assunto público podem penalizar ambas as formas de comportamento descritas no exemplo”. (JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009, p. 75)

³⁸ JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009, p. 65.

³⁹ TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade*. 2014, p. 88.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 2001. p. 190.

finalista não é criticável⁴¹, mas sim que ela estabelece premissas acerca do mundo e da possibilidade do conhecimento jurídico⁴² que devem ser respeitadas, especialmente quanto aos dados empíricos do mundo real.

A criação de uma realidade própria, a partir de um sistema autônomo ao mundo empírico, tal como propõe JAKOBS, implica em que o saber penal pode inventar o mundo e negar a realidade. O Estado torna-se a fonte de toda a racionalidade do Direito e, *se é o Estado que detém o privilégio de dizer, por meio da legalidade, o que é racionalidade, a legitimação das normas penais a partir dessa racionalidade nada mais será do que a evidência decorrente de sua legalidade*.

Cai-se assim num vício cíclico, em que *legítimo é o que o Estado declara como tal por meio da legalidade, que por sua vez é racional, porque o Estado a declara como legítima*⁴³. Essa perspectiva, de cunho hegeliano e autoritário, implica na ocultação do déficit de legitimidade do Direito Penal. Ao negar-se a realidade empírica, escondem-se as irracionalidades e o déficit de legitimidade inerentes ao exercício do poder punitivo.

Por essa razão, TAVARES⁴⁴ e HASSEMER⁴⁵ clamam, em oposição ao funcionalismo e com base em KAUFMANN, por um rígido embasamento normativo nos processos de

⁴¹ Nesse sentido, observe-se a crítica de ZAFFARONI e BATISTA: “*Pode-se afirmar que o finalismo, a despeito de seu compromisso metodológico ontologista, ignorou o dado ôntico de que não existem conceitos jurídico-penais que não sejam politicamente funcionais, já que produzidos e utilizados por agências do sistema penal empenhadas num exercício concreto de poder punitivo. O finalismo – pelo menos em alguns de seus expositores – foi muito além do cabível, ao ultrapassar o fundamento de seus conceitos sobre dados ônticos e pretender que era ôntico aquilo que, na realidade, era uma nova construção jurídica e, portanto, funcional. Não há nada ôntico em prescrever ao direito penal a função de reforçamento da ética social, o que aliás não passa de fantasia, sem nenhum dado de realidade que o confirme.*” (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2010. p. 58/59.).

⁴² É importante observar ainda que o finalismo ignora a circunstância de que, “*quando o direito penal deve elaborar conceitos, não pode desconhecer que mesmo que não o faça teleologicamente, tais conceitos cumprem uma função política e, portanto, não há como deixar de orientá-los politicamente, sob pena de construir conceitos perversos*” (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2010. p. 59/60.).

⁴³ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*. p. 12.

⁴⁴ “*Nesse sentido, já fez ver Kaufmann que o objeto da ordem jurídica não pode ser encontrado no próprio processo de produção jurídica, nem fora dele, mas sim na pessoa humana, tomada como um conjunto de relações, que deve necessariamente figurar como o seu objeto de proteção.*” (TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: A incongruência dos métodos*. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. ano 6 – n. 24 – outubro-dezembro 1998. p. 156)

⁴⁵ “*Não obstante, há opiniões – entre as quais, sobretudo, a de Arthur Kaufmann – que clamam por um rígido embasamento normativo nos processos de desenvolvimento do Direito. Para Arthur Kaufmann, o conceito de pessoa é o eixo e o centro de rotação de uma fundamentação jurídica não funcionalista; ele constitui um critério indisponível de um Direito justo*” (HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*.

desenvolvimento do Direito na pessoa humana, tomada como um conjunto de relações, que deve necessariamente figurar como objetivo de proteção.

Além do mais, JAKOBS estrutura seu modelo científico exclusivamente para a proteção da norma. O autor equipara a legalidade à legitimidade⁴⁶. Por esse motivo, a teoria de JAKOBS é ainda mais problemática se for aplicável para a nossa realidade *marginal* de América Latina, em que a legalidade tem desempenhado o papel de encobrir o grande déficit de legitimidade do sistema penal e não implica, muitas vezes, em proteção à pessoa humana, mas sim em fonte de justificação da incriminação⁴⁷.

Acerca da relação entre legalidade e legitimidade no exercício do poder punitivo, na América Latina, ZAFFARONI conclui que: *a) a legalidade não proporciona legitimidade, por ficar pendente de um vazio que só a ficção pode preencher; b) o principal e mais importante exercício de poder do sistema penal se realiza dentro de um modelo de arbitrariedade, concedida pela própria lei; c) o exercício de poder menos importante do sistema penal serve de pretexto para o exercício de poder principal, não respeitando também, e nem podendo respeitar, a legalidade; d) além do exercício de poder do sistema penal não respeitar, nem poder respeitar a legalidade, na operacionalidade social de nossos sistemas penais, a legalidade é violada de forma aberta e extrema, pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema penal*⁴⁸.

Some-se a isso a circunstância de ser o nosso contexto perpassado por uma desigualdade estrutural, em que boa parte das pessoas não tem condições de contribuir efetivamente para a produção da norma. Essa circunstância acaba por acarretar em que a maioria da população não é sujeito de direito, mas mero objeto de imputação criminal.

Abstrair dessa realidade concreta do exercício do poder punitivo resulta na imposição de um sistema penal extremamente injusto, em que o discurso jurídico sobre o *dever ser* está

In: GRECO, Luíz e Tórtima, Fernanda Lara (Orgs.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 21.).

⁴⁶ Na verdade, JAKOBS entende que perquirir sobre a legitimidade da norma não é uma postura científica. Acerca disso, observe-se a seguinte explicação de ROXIN: “*Jakobs evita conscientemente, ao contrário, toda declaração sobre a legitimidade ou ilegitimidade de conteúdos da norma, assinalando tais declarações como não científicas*” (ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal? In: A proteção do Direito Penal como função do Direito Penal. 2013, p. 34.).

⁴⁷ Acerca da crítica à legalidade como mecanismo de promoção da incriminação, analisar: TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 2001. p. 29.

completamente dissociado da realidade – *mundo do ser*. A consequência direta é o exercício de um poder penal cuja principal característica é, como lembra ZAFFARONI, a morte⁴⁹, sobretudo de um grupo desfavorecido da população, normalmente moradores de *favelas*.

Nesse contexto, conclui-se que a legalidade não significa garantia de proteção do indivíduo, especialmente para o nosso contexto *marginal* de América Latina e, por esse motivo, o bem jurídico não pode deixar de significar um limite ao exercício do poder punitivo.

Também o bem jurídico-penal não pode se desvincular dos dados da realidade empírica, sob pena de, se assim ocorrer, existir a possibilidade do exercício do poder punitivo totalmente injusto, eugênico e arbitrário, tal como hoje ocorre na realidade brasileira. O Direito Penal não pode criar uma realidade própria e não pode desconsiderar os dados deslegitimantes do poder punitivo.

⁴⁹ “Não existe “teoria que, por si mesma, tenha força suficiente para vencer uma estrutura que se interioriza, desde cedo, na vida das pessoas, se não vier acompanhada de um fato de particular evidência, que opere como “choque” com a realidade. A percepção de determinados fatos notórios pode ser perturbada, mas não pode ser negada. Desta maneira, estes fatos atuam como curto-circuitos do mecanismo inventor da realidade, iluminando-a com relâmpagos que, frequentemente, levam à ação como opção de consciência aberta. Entre esses fatos, o mais notório, em nossa região marginal, e do qual pode derivar-se toda uma ética deslegitimante, é a morte. Trata-se de uma deslegitimação que está além dos limites teóricos porque atinge diretamente a consciência ética, não requerendo qualquer demonstração científica porque é “perceptível”: ninguém seria tolo a ponto de negar que os mortos estão mortos. A técnica terrorista do Estado de desaparecimentos forçados de pessoas, ao invés de ocultar o fato à consciência ética, não fez mais do que apresentá-lo, em cores mais vivas, pois, ao evitar o ritual da morte e do luto, tornou mais incerta a ausência da morte, rebaixando a incerteza do nível das escatologias religiosas ao nível da escatologia intramundana”. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 2001. p. 29.).

II.I Roxin e a fundamentação político-criminal do Sistema Jurídico Penal

ROXIN fundamenta o sistema jurídico penal em pontos de vista político-criminal, o que permitiria, segundo o autor, *transformar não só postulados sócio-políticos, mas também dados empíricos e, especialmente, criminológicos, em elementos fecundos para a dogmática jurídica*⁵⁰. O autor critica a concepção de VON LISZT, segundo a qual o Direito Penal seria o limite da política criminal e aponta a necessidade de que as decisões político-criminais *penetrem o seio do sentido dos elementos do delito*⁵¹. A unidade entre política criminal e sistema de Direito Penal conduziria à interpretação e desenvolvimento dos elementos do delito a partir da função político criminal.

Parte-se da ideia de que todas as categorias do sistema do Direito Penal baseiam-se em princípios reitores normativos político-criminais, que não contêm ainda a solução para os problemas concretos. Esses princípios são, contudo, aplicados à matéria jurídica, aos dados empíricos, e, com isso, chega-se a conclusões diferenciadas e adequadas à realidade⁵², ou seja, *a ideia reitora normativa deve ser desenvolvida com base na matéria jurídica, ela serve de guia, por meio do qual a totalidade do material empírico previsitada em sua relevância segundo os parâmetros da diretriz normativa de decisão*⁵³.

Essa é uma premissa reconhecidamente com origem na concepção de RADBRUCH de uma *determinação da ideia pela matéria*⁵⁴. Além da influência do Professor de Heidelberg, ROXIN reconhece as raízes hegelianas, neokantianas e mesmo fenomenológicas em sua construção dogmática teleológica⁵⁵. O autor entende serem seus estudos o desenvolvimento das

⁵⁰ ROXIN, Claus. *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal*. In: Estudos de Direito Penal, 2012, p. 77

⁵¹ PORCIÚNCULA NETO, José Carlos Nobre. *La <<exteriorización de lo interno>>: Sobre la Relación entre lo <objetivo>> y lo <<subjetivo>> en el tipo penal*. 2012, p. 193.

⁵² ROXIN, Claus. *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal*. In Estudos de Direito Penal, 2012, p. 61.

⁵³ ROXIN, Claus. *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal*. In Estudos de Direito Penal, 2012, p. 61.

⁵⁴ Nesse sentido ROXIN: “O primeiro passo na resolução de problemas na dogmática do direito penal deve ser sempre uma ideia orientadora normativa, a qual, porém receberá contornos diversos a depender das características do dado da vida a que ela se aplicará. Já há 35 anos recorri à concepção de Radbruch, de uma “determinação da ideia pela matéria”, e à sua frase tão citada: “A ideia artística é uma, quando ela deve ser realizada em mármore, outra, quando em bronze.... Assim também as ideias jurídicas são essencialmente determinadas pela matéria jurídica”. (ROXIN, Claus. *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal*. In Estudos de Direito Penal, 2012, p. 61.).

⁵⁵ ROXIN, Claus. *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal*. In Estudos de Direito Penal, 2012, p. 64.

premissas neokantianas influenciadoras da elaboração do sistema neoclássico do delito⁵⁶. Segundo ROXIN, sua contribuição consubstancia-se na substituição da ambígua noção de valores culturais pela ideia, considerada mais exata, de diretrizes político-criminais⁵⁷.

Uma crítica recorrente à teoria de ROXIN é a de que a ideia de política-criminal é indeterminada em sua teoria e essa circunstância possibilitaria o arbítrio estatal. Alguns autores afirmam que política-criminal seria *uma vaga declaração de intenções, ou uma denominação a um lugar comum de contornos imprecisos*⁵⁸.

Quanto à suposta indeterminação, o Professor de Munique argumenta que *o intérprete não pode impor a sua própria política criminal àquela subjaz ao direito vigente. Sua tarefa é muito mais trazer à tona as intenções político-criminais do legislador, a serem extraídas do ordenamento jurídico e principalmente do Código Penal, e aproveitá-las no trabalho interpretativo*⁵⁹.

Veja-se que é por meio das normas que se pode construir a ideia de *política-criminal*. Para ROXIN, os limites do Direito Penal estão normativamente previstos. Ele reconhece que a única restrição previamente estabelecida para o legislador encontra-se nos princípios da Constituição⁶⁰.

Como lembra PORCIÚNCULA NETO, indagado sobre se se deve optar pelo político-criminalmente correto em lugar do legalmente acertado, a resposta de ROXIN foi negativa, pois, *apesar da importância, dos interesses político-criminais, não se pode permitir que eles transbordem as fronteiras juridicamente postas, sob pena de decisões arbitrárias*⁶¹. Nesse contexto, somente se pode exercer a política-criminal dentro dos limites da lei, caso contrário,

⁵⁶ ROXIN, Claus. *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal*. In Estudos de Direito Penal, 2012, p. 64.

⁵⁷ ROXIN, Claus. *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal*. In Estudos de Direito Penal, 2012, p. 64.

⁵⁸ Ortiz de Urbina Gimeno, Roxin y la dogmática político-criminalmente orientada, p. 421. *Apud*: PORCIÚNCULA NETO, José Carlos Nobre. *La <<exteriorización de lo interno>>: Sobre la Relación entre lo <objetivo>> y lo <<subjetivo>> en el tipo penal*. 2012, p. 195.

⁵⁹ ROXIN, Claus. *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal*. In Estudos de Direito Penal, 2012, p. 61.

⁶⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. 2008, p. 55.

⁶¹ PORCIÚNCULA NETO, José Carlos Nobre. *La <<exteriorización de lo interno>>: Sobre la Relación entre lo <objetivo>> y lo <<subjetivo>> en el tipo penal*. 2012, p. 195.

o juiz se converteria em legislador, com manifesta afronta ao princípio da divisão dos poderes e da legalidade.

A construção teórica de ROXIN tem por base a crítica dos sistemas jurídico-penais anteriores, o *causalismo* e o *finalismo*. Segundo o autor, o erro desses modelos teóricos reside na construção das bases do sistema penal em *categorias ônticas, avaloradas, imunizadas de antemão contra objetivos sociais e político-criminais*⁶². Isso porque o ilícito nem sempre é realizado final ou causalmente, como o provaram os crimes omissivos⁶³. E ainda onde a causalidade ou a finalidade se apresentam, *falta-lhes a referência ao direito penal, de modo que elas não bastam para caracterizar aquilo que há de jurídico-penalmente relevante em uma ação típica*⁶⁴. Pelo contrário, tanto o injusto culposos, como o omissivo, no funcionalismo de ROXIN, resultam de uma imputação que se processa de acordo com critérios jurídicos⁶⁵.

Nesse contexto, a teoria da imputação objetiva entende que o tipo passa a ser a materialização de um risco proibido, tomando por referência os princípios político-criminais do Direito Penal de proteção subsidiária de bens jurídicos do indivíduo e da sociedade contra riscos sócio politicamente intoleráveis⁶⁶. Segundo o autor, a *ideia do risco extrapola a esfera da dogmática jurídico-penal e tematiza problemas fundamentais da sociedade moderna e de seu direcionamento*⁶⁷.

No tocante a sua versão da teoria da imputação objetiva, o Professor de Munique oferece um exemplo ilustrativo: *dirigir cria riscos não irrelevantes para a vida e a saúde de outros. Uma proibição deste modo arriscado de locomover-se limitaria, porém, de modo intolerável, a liberdade e a qualidade de vida dos cidadãos. A solução do conflito consiste em formular regras de trânsito que, por um lado, minimizem o risco e, por outro, garantam tanto quanto possível a liberdade de dirigir. Segundo a teoria da imputação objetiva, isso reflete imediatamente sobre a concepção de ação típica. A causação de morte provocada por alguém,*

⁶² ROXIN, Claus. *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal*. In: Estudos de Direito Penal, 2012, p. 77.

⁶³ ROXIN, Claus. *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal*. In: Estudos de Direito Penal, 2012, p. 77.

⁶⁴ ROXIN, Claus. *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal*. In: Estudos de Direito Penal, 2012, p. 77.

⁶⁵ ROXIN, Claus. *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal*. In: Estudos de Direito Penal, 2012, p. 77.

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal*. In: Estudos de Direito Penal, 2012, p. 64.

⁶⁷ ROXIN, Claus. *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal*. In: Estudos de Direito Penal, 2012, p. 81.

*apesar de dirigir respeitando as regras, não será uma ação de matar, sendo jurídico-penalmente irrelevante, enquanto a superação do risco permitido e a sua realização na morte da vítima serão imputadas ao autor como ação de homicídio*⁶⁸.

Vê-se, assim, que a imputação objetiva é uma política criminal traduzida em conceitos jurídicos que trabalha a partir de uma base empírica e pondera interesses de liberdade e segurança⁶⁹.

ROXIN parte de uma finalidade preventiva especial e geral da pena. Isso porque as normas penais somente se justificam quando têm como função a proteção da liberdade individual e de uma ordem social que esteja a seu serviço. A pena também deve perseguir essa finalidade, é dizer, um fim preventivo do delito⁷⁰.

Para o autor, *atos delitivos podem ser evitados tanto através da influência sobre o particular como sobre a coletividade, ambos meios se subordinam*⁷¹ ao fim último que é a garantia aos cidadãos de uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre quando essas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem, em menor medida, a liberdade dos cidadãos⁷². A pena limita-se, em sua magnitude, por meio da culpabilidade, mas pode ficar abaixo desse limite quando existam exigências mínimas preventivas gerais. O grau, ou quantidade de culpabilidade, é medido por fatores internos na pessoa do autor e pela dimensão dos danos ocasionados e contrapõe-se eficazmente às exigências preventivas determinadas pelos interesses da sociedade⁷³.

Veja-se que, para ROXIN, o princípio da culpabilidade somente serve como instrumento de restrição da prevenção e não prejudica os particulares, mas sim os protege⁷⁴. Pode-se definir

⁶⁸ ROXIN, Claus. *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal*. In Estudos de Direito Penal, 2012, p. 71/72.

⁶⁹ ROXIN, Claus. *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal*. In Estudos de Direito Penal, 2012, p. 72.

⁷⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. 2008. p. 95.

⁷¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. 2008. p. 95.

⁷² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal?*. In: *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2013. p. 16/17.

⁷³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. 2008. p. 100.

⁷⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. 2008. p. 101.

culpabilidade, em linhas gerais, como a condição necessária, porém não suficiente, para a imposição de uma pena.

Conclui-se que a função do Direito Penal em ROXIN é a de promover uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Dessa forma, cumpre ao Estado assegurar, por meio do poder punitivo, *não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor*⁷⁵.

Percebe-se assim que o modelo teórico construído por ROXIN tem origem no pensamento liberal, especificamente na ideia de contrato social. O próprio autor reconhece essa genealogia de seu pensamento, na medida em que expõe uma legitimação histórica para estruturar a concepção de Direito Penal por ele adotada:

Desde a concepção do contrato social, os cidadãos como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objetivo não se possa alcançar por outros meios mais leves. A ideia que se subentende é que se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível. Estes ideais de nossa tradição liberal ilustrada não saíram de moda em absoluto, eles devem de preferência seguir sendo defendidos frente às novas tendências de origem diferente, restrita de liberdade⁷⁶.

Explicados esses aspectos relevantes para a compreensão do modelo teórico do Professor de Munique, passa-se a esclarecer o conceito de bem jurídico..

⁷⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal?*. In: *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2013. p. 17/18.

⁷⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal?*. In: *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2013. p. 17.

II. II. Bem Jurídico Penal em Roxin

O conceito de bem jurídico, em ROXIN, deriva *dos preceitos previstos na Lei fundamental, [Constituição] do Estado de Direito, baseado na liberdade do indivíduo, através dos quais se marcam os limites do poder punitivo do Estado*⁷⁷.

Argumenta o autor que *[n]ão é necessário que os bens jurídicos possuam realidade material; por exemplo, a possibilidade de disposição sobre coisas que a propriedade garante ou a liberdade de atuação voluntária que se protege com a proibição da coação não são objetos corporais; entretanto, são parte integrante da realidade empírica, o mesmo se dá com a administração da justiça, embora não seja um bem jurídico corpora, ela é uma realidade vital cuja lesão prejudica a vida dos cidadãos*⁷⁸. Nesse contexto, *bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema global estruturado sobre a base do conceito dos fins para o funcionamento do próprio sistema*⁷⁹.

A diferença entre realidades e finalidades indica que os bens jurídicos não são obrigatoriamente fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também podem ser criados pela entidade legiferante, como ocorre nas pretensões no âmbito do Direito Tributário⁸⁰.

O autor distingue sua definição de bem jurídico de um conceito pessoal, tal qual o formulado por HASSEMER, propondo a legitimidade da abrangência do conceito de bem jurídico também aos *bens jurídicos da generalidade*.

⁷⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. 2008. p. 55.

⁷⁸ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal?*. In: *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2013. p. 18.

⁷⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. 2008. p. 56.

⁸⁰ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal?*. In: *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2013. p. 19.

Veja-se que o conceito de bem jurídico pode derivar tanto de dados anteriores à lei penal, porém não anteriores à Constituição, quanto de deveres criados por ela mesma. Nesse contexto, poder-se-ia impor uma crítica, pois o autor – ao estilo neokantiano – se deixa levar pela normatização globalizada, ao assentar uma base puramente sistêmica, entretanto ROXIN caminha para a construção de um sistema de garantias, ao propor limites ao poder punitivo⁸¹.

Para ROXIN, em primeiro lugar, mostram-se inadmissíveis normas penais unicamente motivadas ideologicamente, ou que atentem contra Direitos fundamentais e humanos. Dessa forma, seriam ilegítimas normas que criminalizassem a união matrimonial de pessoas pertencentes a origens étnicas distintas.

Também a simples transcrição do objeto da lei não fundamenta um bem jurídico, ou seja, exige-se uma certa lesividade social para que se limite a liberdade individual inerente à vida social. O autor exemplifica que normas que criminalizem o comércio de órgãos humanos para efeitos de transplante não estão de acordo com o paradigma de Estado de Direito.

São inviáveis, ainda, a criminalização de atentados contra a moral, pois *não são suficientes para a justificação de uma norma penal*⁸². Nesse contexto, ao contrário de JAKOBS, ROXIN exige que haja a necessidade de que a conduta criminosa gere uma diminuição da liberdade ou da segurança de alguém, portanto, seriam deslegítimas normas penais que criminalizassem a união homoafetiva.

Prosseguindo, decorre do conceito de bem jurídico que atos autolesivos não podem ser criminalizados. Por esse motivo, o auxílio ao suicídio, quando a pessoa atua de forma livre e consciente vontade, não pode ser alvo de criminalização⁸³, o mesmo ocorre, por exemplo, com o uso de drogas.

Não são legítimas, também, normas penais simbólicas em que não haja a finalidade de proteção de bens jurídicos, ou seja, normas penais cujo escopo não seja *a assecuramento de uma vida em comunidade e que, ao contrário, persigam fins como o apaziguamento do eleitor*

⁸¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 197.

⁸² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal?*. In: *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2013. p. 21.

⁸³ O Código Penal brasileiro, ao contrário do alemão, criminaliza o auxílio ou instigação ao suicídio. Uma interpretação conforme o conceito de bem jurídico de ROXIN impõe que essa criminalização somente seria viável se o autor do suicídio não agisse de livre e consciente vontade. Assim, o art. 122 do CP, segundo a concepção de ROXIN, se a pessoa não tomou sua decisão em um estado de total responsabilidade.

ou uma apresentação favorecedora do Estado⁸⁴. Para ilustrar normas meramente simbólicas, o autor utiliza a criminalização da negação do holocausto.

Regulações de tabu não são bens jurídicos, segundo ROXIN. O autor menciona, como exemplo, a criminalização do incesto na Alemanha⁸⁵. No Código Penal brasileiro, poder-se-ia citar o tipo penal de bigamia, em que a única fundamentação para a criminalização é o tabu imposto pelo modelo de família cristã.

Por fim, não são alvos legítimos de tutela penal as normas cujo objeto de proteção seja de uma abstração incompreensível. Nesse tipo de norma, *não se descreve suficientemente um bem jurídico concreto*⁸⁶. Para que a criminalização seja idônea, pressupõe-se um juízo de valor fundado empiricamente⁸⁷. O tipo penal da lavagem de dinheiro serviria de exemplo de norma cujo bem jurídico é uma abstração completamente incompreensível. Há uma indefinição doutrinária e jurisprudencial acerca de qual seria o bem jurídico referenciado no citado delito. Alguns autores entendem ser a administração da justiça, outros, a ordem econômica e ainda existe quem defenda ser o bem jurídico do crime antecedente. Com essa indefinição, acaba-se por não definir os limites do injusto⁸⁸.

⁸⁴ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal?*. In: *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2013. p. 24.

⁸⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal?*. In: *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2013. p. 24.

⁸⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal?*. In: *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2013. p. 25.

⁸⁷ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal?*. In: *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2013. p. 25.

⁸⁸ Essa é a conclusão defendida por TAVARES em recente parecer ofertado sobre a controvérsia de qual seria o bem jurídico pressuposto no delito de lavagem de dinheiro.

II. III. Crítica ao conceito de bem jurídico de Roxin.

Observa-se que, para ROXIN, o bem jurídico significa importante limite ao poder de punir do Estado. O autor sugere, ainda, a lesão do bem jurídico como condição de validade da norma penal.

O bem jurídico, entretanto, também é fonte de legitimidade da atuação do Estado, na medida em que o exercício do poder punitivo tem por finalidade proteger o bem jurídico e a coexistência justa entre os cidadãos. A construção dogmática do autor é uma via de mão dupla, pois, de um lado, significa um importante avanço para o modelo de Estado democrático, mas, de outro, justifica e legitima a existência da pena. ROXIN elabora um sistema conceitual funcional ao objetivo que ele atribui à pena, que configura um instrumento de poder punitivo para a preservação de uma sociedade compreendida como sistema⁸⁹.

Nesse contexto, parte-se de um modelo unitário de sociedade iluminista, em que há uma consciência social também unitária⁹⁰. Como bem lembra CIRINO DOS SANTOS, a “*proteção dos interesses e necessidades (conhecidos como valores) essenciais para a existência do indivíduo na sociedade*” escora-se nas “*noções de unidade (e não de divisão) social, de identidade (e não de desigualdade real) entre os componentes das classes sociais, e de liberdade (e não de opressão) individual*”⁹¹. ROXIN ignora as especificidades de uma sociedade concreta em que classes e grupos convivem em permanente conflito.

Ocorre que o estudo da delinquência, especialmente pela escola criminológica das subculturas, revela a existência de uma sociedade plural, com diversos sistemas de valores divergentes em torno dos quais se organizam os grupos⁹².

BARATTA chega a dizer que “a teoria das subculturas criminais nega que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais, e afirma que existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais

⁸⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2010. p. 61.

⁹⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 2007, p. 21.

⁹¹ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 13.

⁹² PABLOS DE MOLINA, Antônio García. *Tratado de Criminología*. 1999, p. 718. *Apud*: TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade*. 2014, p. 151/152.

(*subculturas*)”⁹³. Nesse contexto, a ideia de que o Direito Penal exprimiria regras e valores aceitos unanimemente pela sociedade não é verificável empiricamente. Por isso, a função legitimante do poder punitivo proposta por ROXIN carece de fundamentação empírica.

Some-se a isso a crítica formulada pela escola do *labeling approach*, no sentido de que *não existem propriamente valores per se, porém valores de quem observa contrastados com os daquele que é observado*.⁹⁴ Essa mudança paradigmática desloca o foco da axiologia para o do poder de definir situações como desviantes ou não. Reforça-se, assim, a crítica à universalidade axiológica dos bens jurídicos, da qual parte ROXIN, *na medida em que despe ainda mais o fenômeno criminal de qualidades intrínsecas, a saber, essencialmente, do crime como uma lesão a um valor que “é”, adotando-se antes a perspectiva do crime como uma ação “tomada como” lesiva àquilo que se mostra, do ponto de vista discursivo, como um valor, ou seja, um valor “assumido como sendo”*⁹⁵.

Na verdade, em uma sociedade de classes, como a brasileira, o Direito Penal *está protegendo relações sociais, interesses, estados sociais ou valores escolhidos pelas classes dominantes, ainda que, sob o critério de sua universalidade*⁹⁶. Nesse contexto, o conceito de bem jurídico não se pode confundir com os interesses juridicamente protegidos, nem com um estado social representativo de uma sociedade eticamente ideal⁹⁷, nem ainda como uma relação sistêmica, tal como propõe ROXIN.

Por fim, a pretensão de que a pena cumpra a função instrumental de prevenção às lesões de bens jurídicos revela-se, através de pesquisas empíricas, comprovadamente falsa ou não verificada⁹⁸. Não é empiricamente verificável que a ameaça penal ou a sanção de alguns infratores possa efetivamente representar uma contramotivação para outros infratores potenciais⁹⁹.

O Direito Penal é meramente o meio de exercício de uma das várias espécies de violência social, qual seja, a violência estatal em resposta às condutas criminosas. A violência

⁹³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. 1999. p. 70.

⁹⁴ TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade*. 2014, p. 160.

⁹⁵ TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade*. 2014, p. 160.

⁹⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 193.

⁹⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 198.

⁹⁸ BARATTA, Alessandro. *Direitos Humanos: Entre a violência estrutural e a violência penal*. p. 51.

⁹⁹ BARATTA, Alessandro. *Direitos Humanos: Entre a violência estrutural e a violência penal*. p. 51.

estatal manifestada pelo Direito Penal tem como objeto estritamente o delito. Esse objeto reduzido não é capaz de evitar ou reduzir as lesões a bens jurídicos.

O espectro de incidência do Direito Penal se dá sobre os efeitos da violência e não sobre as causas dessa, ou seja, o Direito Penal atua sobre determinados comportamentos através dos quais se manifestam os conflitos e não sobre os conflitos propriamente ditos¹⁰⁰. Assim, o Direito Penal é absolutamente inócuo na prevenção de lesões a bens jurídicos.

Ademais, a pena e o Direito Penal não estão racionalmente legitimados, pelo contrário, o exercício do poder punitivo é notadamente irracional. Deve-se concluir, assim, que a ideia de bem jurídico não pode ser entendida como legitimante do exercício do poder punitivo, tal como propõe ROXIN.

¹⁰⁰ BARATTA, Alessandro. *Direitos Humanos: Entre a violência estrutural e a violência penal*. p. 50.

III. I Sistema jurídico-penal racional em Winfried Hassemer

HASSEMER afirma haver uma realidade, reconhecível em qualquer caso, que precede as ações humanas e que a essas serve de medida. Os humanos, no entanto, são capazes de construir a realidade social de forma nova e espontânea¹⁰¹. As construções sobre as quais se baseia a construção social da realidade são estáveis e duradouras, *a sociedade é organizada nessa ordem, de outra forma, não poderia ser desenvolvido o nosso mundo: essas construções sociais são o nosso mundo*¹⁰². Essas construções *têm uma qualidade cognitiva, emotiva e inclusive normativa*¹⁰³, elas determinam a racionalidade dos nossos argumentos, a plausibilidade de nossas percepções da realidade e a correção do valor com uma perspectiva de perpetuação¹⁰⁴.

A esse mundo de construções relativamente estáveis pertencem os conceitos básicos do nosso sistema jurídico¹⁰⁵. Ele é chamado, na obra de HABERMAS, de *o mundo da vida*¹⁰⁶, o qual contem inúmeros pressupostos e responde a uma evolução histórica.

Nesse contexto, o autor chega à conclusão que o *status* de uma teoria sobre o Direito Penal é o discurso¹⁰⁷. *Por meio do discurso se afirma que as pessoas podem acordar o que entendem por imputação penal e, assim, de que forma e com base em quais condições querem construí-la*¹⁰⁸.

Percebe-se a clara influência da relação entre a facticidade e validade, proposta por HABERMAS, na formulação da teoria da imputação de HASSEMER. O Professor da Escola

¹⁰¹ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 86.

¹⁰² HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 86.

¹⁰³ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 86.

¹⁰⁴ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 86.

¹⁰⁵ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 86.

¹⁰⁶ Para HABERMAS: o mundo da vida é composto por três elementos: (i) cultura; (ii) sociedade e (iii) estrutura de personalidades.

¹⁰⁷ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 86.

¹⁰⁸ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 86.

de Direito Penal de Frankfurt reconhece que a imputação criminal se caracteriza tanto por elementos empíricos quanto por normativos.

A parte normativa da imputação consubstancia-se *em dizer com base em quais pressupostos uma sanção penal pode ser imposta a uma pessoa*¹⁰⁹. Esses pressupostos *não podem advir exclusivamente de raciocínios empíricos*, mas devem ainda *pressupor um sistema normativo, que possa manter conexão de uma pessoa com um evento no mundo empírico*¹¹⁰. Nesse contexto, exige-se um sistema normativo ao qual se submetem o poder estatal e a coerção jurídica.

No tocante aos elementos empíricos da imputação, deles decorre que a imputação penal não pode resultar de *uma realidade irreal e baseada em modelos de dedução dos quais resultam das estruturas lógico-objetivas de caráter supranormativo*¹¹¹, tal qual o proposto pelo finalismo.

A imputação não é, sempre e acima de tudo, “correta”, mas sim ajustada a processos culturais e jurídico-culturais, ou seja, *a eventos empíricos*¹¹². Portanto, uma teoria sobre a imputação jurídica deve observar o que, cotidianamente, é entendido, no mundo da vida, por imputação, mas essa realidade social não é vinculante. *Uma teoria da imputação penal não pode se distanciar dos processos habituais de imputação da sociedade até o ponto que a sua relação com eles seja rompida*¹¹³.

Segundo HASSEMER, a vida em sociedade é marcada por diversos sistemas de controle, os quais são caracterizados pela existência de normas, de sanções e de processo.

As sanções sociais, assim como as jurídico-penais, mantêm o seu sentido somente através da sua referência às normas sociais¹¹⁴. Sem uma relação com o desvio perceptível pelos participantes, as sanções seriam um acaso ou uma mera lesão, mas, dentro de um contexto –

¹⁰⁹ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 86.

¹¹⁰ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 86.

¹¹¹ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 86.

¹¹² HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 86.

¹¹³ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 86.

¹¹⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p. 413.

uma comunidade de intérpretes –, elas se tornam compreensíveis como conduta final, dirigida a um fim, como conduta com sentido social¹¹⁵.

As sanções normativas confirmam a norma, estabelecem-na como uma expectativa contrafática de conduta. O desvio é sempre um desvio da norma. Junto à norma e à sanção, existe o processo de controle, o qual informa os pressupostos sob os quais se deve pronunciar um desvio e o que deve ocorrer a partir disso.

Nesse contexto, *o Direito Penal é uma forma de transformação social dos conflitos desviantes. Por isso ele reage também com as tarefas que o controle social cumpre em nossa vida cotidiana. Ele assegura as expectativas de conduta, determina os limites da liberdade de ação humana, é um meio de desenvolvimento cultural e socialização*¹¹⁶.

O que diferencia o sistema penal das outras formas de controle social é exatamente seu objeto e seus instrumentos. Os objetos nada mais são do que os conflitos desviantes com grande relevância social, com elevada intensidade de ameaça, ao passo que os instrumentos consistem nos meios de intervenção de efeito mais rigoroso. O Direito Penal se ocupa da *transformação dos conflitos mais graves com os meios mais rigorosos*¹¹⁷.

A norma, a sanção e o processo penal estão relacionados com as normas, sanções e processos dos demais âmbitos de controle social, *juntos formam o sistema completo de transformação social do desvio*¹¹⁸. O sistema jurídico-penal, para que seja legítimo, deve pressupor esses outros âmbitos de controle.

Em outras palavras, para HASSEMER, *não se pode tratar os problemas da criminalidade se os outros processos de desenvolvimento de cultura pessoal e social e a socialização não obtêm êxito*¹¹⁹. O cidadão precisa saber quais as normas jurídico-penais convertem-se em normas sociais e como viver com elas¹²⁰. Há uma relação de troca entre todos os âmbitos de controle social. As possibilidades do sistema jurídico-penal de colocar sinais à sociedade estão condicionadas pelas instâncias extra-penais.

¹¹⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p. 413.

¹¹⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p. 416.

¹¹⁷ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p. 416.

¹¹⁸ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p. 416.

¹¹⁹ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p. 416.

¹²⁰ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p. 416.

A circunstância de o sistema jurídico-penal estar relacionado com os conflitos desviantes mais graves e ser o instrumento mais rigoroso impõe certa cautela na utilização do Direito Penal. A essa cautela, HASSEMER chama de *formalização*, e o fato de a formalização do controle social trazer êxito ao sistema jurídico-penal constitui a sua real justificativa¹²¹. Vale dizer: *o sistema jurídico-penal tem como tarefa aperfeiçoar a capacidade de formalização, para satisfazer os direitos humanos dos participantes em conflitos desviantes graves e que, por isso, são colocados em perigo*¹²².

O Direito Penal encontra-se legitimado precisamente na medida em que formaliza o controle social¹²³ e assegura as garantias fundamentais dos envolvidos. A formalização, legitimante do sistema penal, é entendida sob dois aspectos: por um lado, transparência, clareza (e com isso possibilidade de controle dos instrumentos jurídico-penais)¹²⁴; por outro, a observância de determinados princípios valorativos: a clareza e a possibilidade de controle correspondem em essência com o clássico princípio da legalidade.

Os princípios valorativos são variados: o direito à assistência técnica, o de ser ouvido no processo, o da proporcionalidade, o do *in dubio pro reo*, a proibição da *reformatio in peius*, o *ne bis in idem*, ao preceito do juiz natural, etc¹²⁵.

Conforme HASSEMER, a pena, vista a partir da ideia de controle social, tem a tarefa de afirmar e assegurar publicamente as normas fundamentais que garantem o mínimo ético da vida em sociedade. Também serve para traçar os limites da liberdade de todo cidadão e, por isso, deve respeitar as garantias de liberdade. Ela só é apropriada e justificada quando existir a violação de bens jurídicos vitais e não pode prestar à solução de conflitos indeterminados, ou vagos, como propõe o Direito Penal moderno. O autor adota uma teoria preventiva geral positiva, contudo a pena não significa apenas adaptação (muito menos intimidação), mas sim a afirmação pública e o asseguramento das normas fundamentais¹²⁶.

¹²¹ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p. 417.

¹²² HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p. 417.

¹²³ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 8.

¹²⁴ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 8.

¹²⁵ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 8.

¹²⁶ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 8.

III. II. Conceito pessoal de bem jurídico-penal em Winfried Hassemer.

O Professor de Frankfurt identifica duas funções atribuídas para o conceito de bem jurídico, uma intrassistêmica e outra extrassistêmica. A primeira trata da interpretação e da sistematização teleológica das normas penais e situa o bem jurídico como conceito imanente ao Direito. Constitui exemplo da perspectiva de ROXIN, para quem o bem jurídico deriva da própria Constituição. A segunda relaciona-se com a individualização das condições necessárias e/ou suficientes da produção de normas penais, elas transcendem ao sistema jurídico.

Ambas perspectivas são, respectivamente, alternativas entre um uso promocional e um uso defensivo da pena, com respeito a bens e interesses considerados relevantes. O conceito adotado pelo HASSEMER é extrassistêmico e implica que o bem jurídico não se confunde com os interesses juridicamente protegidos, nem com um estado social representativo de uma sociedade.

O Professor de Frankfurt reconhece o princípio protetivo de bem jurídico para o Direito Penal, contudo ele não é alçado à categoria de fundamento do sistema jurídico-penal, mas representa um limite à imposição da pena. O autor identifica que, historicamente, o conceito de bem jurídico não foi elaborado para fundamentar o poder punitivo, mas consolidou-se, antes, como um princípio negativo, limitador do Direito Penal. *“Esse princípio nunca conteve a exigência de criminalizar toda conduta que lesione o bem jurídico, mas, pelo contrário, prevê a exclusão da previsão legal para toda cominação de pena que não lesione o bem jurídico. Não trabalha diretamente do lado da justificação do Direito penal, mas sim das limitações das intervenções penais”*¹²⁷. Afirma, ainda, que *o princípio de proteção de bens jurídicos exige que se pergunte se o Direito Penal está realmente em condições de proteger os bens jurídicos, o que implica numa crítica empírica ao Direito Penal*¹²⁸.

Nesse contexto, a ideia de proteção do bem jurídico é um limite à política criminal, na medida em que somente podem ser objeto de lei penal bens palpáveis, concretos e delimitáveis. Tratam-se dos interesses primários da pessoa, tal como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc. Exige-se que *os bens jurídicos penais a serem protegidos estejam solidamente*

¹²⁷ HASSEMER, Winfried. *Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal?* In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. 2007. p. 98.

¹²⁸ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999. p. 8.

*descritos*¹²⁹. Assim, o bem jurídico deve guardar (1) estrita relação com a pessoa humana, devendo (2) ser apreendido com precisão. A criminalização somente pode ocorrer caso haja o cumprimento desses dois requisitos.

Essas duas características encontram eco, no Brasil, na obra de Juarez TAVARES¹³⁰, o qual, com base no conceito pessoal de bem jurídico, explicita dois elementos essenciais desse ente jurídico: (i) constituir o bem jurídico um dado do ser, diretamente relacionado com a pessoa humana; e (ii) o bem jurídico deve apresentar substancialidade. Por fim, TAVARES coloca como inerente à ideia de bem jurídico o seguinte limite:

Com isso, só será caracterizado como bem jurídico aquilo que possa ser concretamente lesado ou posto em perigo, mas de tal modo que a afirmação dessa lesão ou desse perigo seja suscetível de um procedimento de contestação. No âmbito dos estreitos limites do injusto penal, para caracterizar, assim, um valor como bem jurídico, **não basta que ele possa ser reduzido, direta ou indiretamente, à sua característica de pessoalidade, isto é, que interesse, antes de tudo, à pessoa humana. É preciso que esse valor apresente, ademais, substancialidade, de forma a fundamentar um procedimento de demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo**. Justamente a possibilidade deste procedimento é que assinala um limite normativo (a regra do jogo, para WITTGENSTEIN) à questão da espiritualização do bem jurídico. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p 221)

A teoria formulada por HASSEMER, que ficou conhecida como teoria pessoal do bem jurídico-penal, tem os seguintes pressupostos, descritos por NEUMANN:

A teoria pessoal do bem jurídico pensa o direito penal não a partir da sociedade, mas sim do indivíduo. Na disputa entre abordagens de teoria do Estado coletivistas, estatistas, de um lado, e individualistas, de outro, ela se posiciona claramente ao lado destas. Em segundo lugar, ela vincula o direito penal a interesses concretos dos seres humanos e é capaz de filtrar componentes ideológicos que, embora consistam apenas em projeções de valores sociais, pretendem-se obrigatórios e ameçam, por isso, o direito penal liberal¹³¹.

Essa perspectiva carrega consigo alto potencial de limitação do poder punitivo, pois o conceito sugerido de bem jurídico-penal *se opõe a um modelo estatal autoritário, que considera o crime como lesão de um dever. Deveres assumem, neste modelo, uma função apenas secundária; eles servem à proteção de interesses humanos, mas não são, em si, objetos de proteção do direito penal. A teoria pessoal do bem jurídico corresponde, como abordagem*

¹²⁹ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luíz e Tórtima, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19.

¹³⁰ Veja-se que Juarez TAVARES encontra-se na aqui denominada “nova” teoria pessoal do bem jurídico, o autor não atribui ao bem jurídico nenhuma função protetiva, como se verá mais adiante. De toda forma, a lição do citado Professor é importante para se compreender a teoria de HASSEMER.

¹³¹ NEUMANN, Ulfrid. *A teoria pessoal do bem jurídico*, tradução de Antonio Martins, Conferência, in Seminário Internacional em Homenagem a Winfried Hassemer, EMERJ, março/2014.

metodológica, a uma ética que não se orienta por deveres, mas por interesses, e que reclama para si, em razão da imediata clareza deste ponto de referência, uma grande capacidade de persuasão”¹³².

Além disso, o bem jurídico como entidade real encontra-se ancorado no mundo da vida, pois a sua conceituação não é constituída apenas no plano teórico, mas sim *na prática social de valores, mais precisamente, de acordo com os seguintes fatores: a frequência de uma lesão a interesses, o grau de necessidade no que diz respeito ao bem lesionado e a intensidade de ameaça da lesão, percebida socialmente*¹³³. Os fatores constitutivos do bem jurídico são construídos social e comunicativamente e variam conforme a história¹³⁴.

Contra a formulação proposta por HASSEMER, opõe-se a crítica de que o conceito pessoal de bem jurídico não abarcaria o que usualmente se costumou chamar de “bens jurídicos coletivos”. A mencionada teoria, entretanto, não está em desacordo com a estrutura de boa parte da citada espécie de delito, desde que se possa proceder à redução do bem jurídico pressuposto na norma a um dado de interesse da pessoa humana.

Assim, o Professor de Frankfurt combate a crítica no sentido de que *se deve de início insistir que um conceito pessoal de bem jurídico não nega a possibilidade de bens jurídicos da coletividade ou do Estado, mas que ele funcionaliza esses bens a partir da pessoa humana: somente pode aceitá-los como condição da possibilidade de servir a interesses dos seres humanos*¹³⁵.

A resposta formulada por HASSEMER é pertinente na medida em que *“somente uma teoria pessoal do bem jurídico exigirá uma verificação prévia rigorosa da criminalização de uma conduta, no caso de bens jurídicos coletivos. Quem reconhece generosamente bens*

¹³² NEUMANN, Ulfrid. *A teoria pessoal do bem jurídico*, tradução de Antonio Martins, Conferência, in Seminário Internacional em Homenagem a Winfried Hassemer, EMERJ, março/2014.

¹³³ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luíz e Tórtima, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19.

¹³⁴ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luíz e Tórtima, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19.

¹³⁵ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luíz e Tórtima, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 22.

jurídicos universais corre o risco de aceitar o Direito Penal não como ultima, mas sim como prima ou até mesmo sola ratio da proteção de bens jurídicos”¹³⁶.

Defende o autor, ainda, que a *imprecisão do conceito de bem jurídico e a ineficácia das teorias do bem jurídico andam de mãos dadas*¹³⁷. Nesse contexto, bens jurídicos universais, ao contrário, necessitam passar pelo teste que afere se eles, em última instância, remetem-se a interesses concretos e justos de pessoas de carne e osso.

A bandeira do Direito Penal voltado para as consequências, estruturado a partir do conceito pessoal de bem jurídico, é, em última análise, a proteção do ser humano e só dele, o que implica a adequação dos meios, subordinando-se, assim, o sistema penal a rigorosos requisitos e só poderá ser ativado quando nada mais adiantar¹³⁸.

HASSEMER expõe a denominada diluição¹³⁹ do conceito de bem jurídico ao longo da teoria do delito, o que acaba por atribuir ao Direito Penal uma função predominantemente simbólica, especialmente quanto aos bens jurídicos universais, que não protejam valores diretamente relacionados à pessoa humana. Segundo o autor, a criminalidade moderna já não atinge vítimas individuais, porém bens jurídicos coletivos que não são facilmente percebidos como objeto referencial da norma penal. Ela é marcada pela profissionalidade, internacionalidade e divisão do trabalho.

O sistema punitivo passa por uma *administrativização*¹⁴⁰, pois a maior parte das normas penais produzidas pelos legisladores são acessórias à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas.

¹³⁶ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luíz e Tórtima, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 22.

¹³⁷ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luíz e Tórtima, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 22.

¹³⁸ HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do Pós-Guerra*. In: *Três Temas de Direito Penal*. 1993.

¹³⁹ Sob o ponto de vista do bem jurídico, isso significa uma diluição do conceito: a palavra de ordem não é mais a proteção de interesses humanos concretos, mas sim a proteção de instituições sociais ou "unidades funcionais valiosas": o funcionamento dos sistemas de subvenção, processamento de subvenção, processamento de dados ou crédito; o meio ambiente em sua totalidade; a saúde pública. (HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luíz e Tórtima, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 22.

¹⁴⁰ O conceito de *administrativização* em si é de BARATTA, embora HASSEMER aponte que o Direito Penal tem se ocupado cada vez mais de assuntos semelhantes ao Direito Administrativo.

Também é característica da expansão do Direito Penal a criminalização de *funções*¹⁴¹. Esse novo sistema punitivo não mais se relaciona com a estrutura inicialmente basilar do Direito Penal liberal, *que deixa sua casinha de paz liberal, onde se contentava com o asseguramento do “mínimo ético”, para se converter num poderoso instrumento de domínio das grandes perturbações sociais ou estatais*¹⁴².

Nesse contexto, o Direito Penal acaba por **não** ser um instrumento de proteção do bem jurídico e o princípio protecionista acaba esvaziado. Predomina, segundo HASSEMER, no novo sistema punitivo, a função simbólica.

A respeito do assunto, o Professor da Escola de Frankfurt foi um dos principais responsáveis pelo desenvolvimento do estudo das *funções simbólicas do Direito Penal*. Consistem elas, em seu núcleo conceitual, no contraste enganador entre as funções latentes e manifestas do Direito Penal.

Simbólico, no Direito Penal, é o *atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma*¹⁴³. Funções manifestas são aquelas concretizações da norma que a sua própria formulação enuncia. As funções latentes, por sua vez, mostram-se variadas e multiformes, sobrepõem-se parcialmente e vêm recebendo inúmeras denominações. São estudadas especialmente pela criminologia crítica. O Direito Penal simbólico abre mão de suas funções manifestas em favor das latentes, *não observa as tradições liberais do estado de Direito e fraudas a confiança da população*¹⁴⁴.

¹⁴¹ Para um conceito de *funções*: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. pgs. 205/209.

¹⁴² HASSEMER, Winfried. *Direito penal simbólico e tutela de bens jurídicos*. In: *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*. 2008. p. 221.

¹⁴³ HASSEMER, Winfried. *Direito penal simbólico e tutela de bens jurídicos*. In: *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*. 2008. p. 221.

¹⁴⁴ HASSEMER, Winfried. *Direito penal simbólico e tutela de bens jurídicos*. In: *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*. 2008. p. 221.

III.III Crítica à perspectiva de Hassemer

A formulação do conceito de bem jurídico proposta neste trabalho, como se verá mais adiante, é muito semelhante à defendida por HASSEMER. Isso porque o citado autor apresenta um conceito de bem jurídico eminentemente limitativo do poder punitivo.

Como lembra NEUMANN, a teoria do Professor de Frankfurt busca, sob o viés da filosofia prática, responder à pergunta: “[s]ob quais pressupostos o Estado pode proibir uma ação ameaçando com pena aquele que a pratica?” – A resposta da teoria pessoal do bem jurídico consiste, em resumo, no seguinte: apenas quando essa ação viola um interesse humano que necessita de proteção penal¹⁴⁵. A resposta à essa indagação será respondida neste trabalho, com base no conceito adotado por TAVARES, de uma forma muito semelhante, mas também diversa.

De toda forma, embora a intenção de HASSEMER seja rigorosamente limitativa, ao estipular a teoria *pessoal* do bem jurídico, caracterizada pela deslegitimação das normas penais de tutela de interesses difusos e de *funções*, há, em sua proposta, o risco de que a exclusão de bens jurídicos difusos e indeterminados seja compensada por uma aceitação dos bens jurídicos pessoais e determinados, e que esta aceitação substitua a comprovação prática da hipótese da idoneidade da pena na tutela destes bens, revelando-se assim em um novo suporte da teoria instrumental do direito¹⁴⁶.

Nesse contexto, a crítica de HASSEMER limita-se à dimensão quantitativa (conter a expansão do sistema punitivo), sem interferir na dimensão qualitativa, ou seja, no conceito da função instrumental do Direito Penal¹⁴⁷. A circunstância de a teoria de HASSEMER legitimar certos objetos de tutela, enquanto outros são excluídos deste tratamento, deixa em aberto o tema da legitimação do direito penal baseado na sua qualidade instrumental¹⁴⁸.

¹⁴⁵ NEUMANN, Ulfrid. *A teoria pessoal do bem jurídico*, tradução de Antonio Martins, Conferência, in Seminário Internacional em Homenagem a Winfried Hassemer, EMERJ, março/2014.

¹⁴⁶ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2, n. 5. janeiro-março, 1994.p. 8.

¹⁴⁷ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2, n. 5. janeiro-março, 1994.p. 8.

¹⁴⁸ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2, n. 5. janeiro-março, 1994.p. 8.

Por mais que seja pertinente a limitação a uma intervenção teórica e política voltada a reduzir quantitativamente os sistemas penais e a conter o expansionismo, *o déficit de verificação qualitativa da legitimação instrumental do sistema não será jamais saneado pelos resultados qualitativos de tal intervenção*¹⁴⁹.

O Professor de Frankfurt, no entanto, chega à conclusão de que a legitimidade do Direito Penal encontra-se exatamente na circunstância de, por meio dele, ser possível a formalização do conflito, o que permitiria: (1) a igualdade de participação na sua composição; e (2) a estabilização de expectativas sobre a incidência da norma jurídica, o que possibilitaria uma certa “racionalidade” na convivência cotidiana.

Assim, parece que para o citado autor seria possível a construção de um sistema penal racional, voltado para as consequências, eminentemente pautado na proteção do mínimo ético e da pessoa humana, isso caso houvesse um equilíbrio entre as funções latentes e declaradas da pena. Entretanto, a crítica criminológica desvendou que o exercício do poder punitivo não tem sua instrumentalidade empiricamente comprovada, e mais, que o Sistema de Justiça Criminal encontra-se diretamente relacionado com a manutenção de uma ordem capitalista, patriarcal, machista e racista, é o que VERA ANDRADE chama de eficácia invertida.

Hoje se sabe que, no contexto do Sistema de Justiça Criminal, *“há não apenas um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pelo seu discurso oficial (do qual resulta sua grave crise de legitimidade) como o cumprimento de funções latentes inversas às declaradas”*¹⁵⁰.

A função simbólica do Direito Penal é legitimadora e a ele confere sustentação; é dizer, *enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema) porque não são e não podem ser cumpridas, ele cumpre, latentemente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente*

¹⁴⁹ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2, n. 5. janeiro-março, 1994.p. 8.

¹⁵⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra mulher. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 48, maio/jun. 2004. p. 268.

*úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade*¹⁵¹.

É precisamente o funcionamento ideológico do sistema que perpetua a ilusão de que o Direito Penal funciona, o que justifica socialmente a sua existência e oculta as suas reais e invertidas funções¹⁵². A eficácia invertida significa que a função latente e real do sistema não é combater a criminalidade, o que, em tese, protegeria os bens jurídicos universais e geraria segurança pública e jurídica.

Pesquisas empíricas, como a de Vera ANDRADE, demonstram que o sistema penal constrói a ideia de segurança de forma seletiva e estigmatizantemente e, neste processo, reproduz, material e ideologicamente, *as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça)*¹⁵³. Nesse contexto, em vez de propor uma racionalidade para o Direito Penal, podem-se *anunciar os seus limites críticos da sua suposta racionalidade, é dizer, admitir a existência de elementos irracionais e formular os elementos que sejam capazes de evitar que as normas criminais sirvam de instrumento ainda mais arbitrário do poder*¹⁵⁴.

Por fim, a teoria proposta por HASSEMER ignora as situações conflitivas e problemáticas produzidas pela intervenção do sistema de justiça criminal. Na realidade, a conceituação “extrassistêmica” do bem jurídico *requer uma ampla visão, e não se pode excluir a realidade institucional do objeto de análise, já que esta é, de acordo com a posição dos atores, nos conflitos, a sede de sua produção ou consumação*¹⁵⁵.

Ao formular o seu critério de caracterização do conceito de bem jurídico, o Professor de Frankfurt não parte da perspectiva segundo a qual a criminalidade é a própria intervenção do

¹⁵¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra mulher. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 48, maio/jun. 2004. p. 268

¹⁵² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra mulher. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 48, maio/jun. 2004. p. 269.

¹⁵³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra mulher. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 48, maio/jun. 2004. p. 269.

¹⁵⁴ TAVARES, Juarez. La racionalidade. el Derecho Penal y el Poder de Penar: Los Limites de la intervención penal em el Estado Democrático. In: Racionalidad y Derecho Penal. 2014. p. 141.

¹⁵⁵ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2, n. 5. janeiro-março, 1994.p. 11.

sistema (autêntico exercício de poder, controle e domínio) que, ao reagir, constrói, co-constitui o universo da criminalidade (daí processo de criminalização)¹⁵⁶.

Nesse contexto, *não é tanto a função instrumental da pena que serve para resolver determinados problemas e conflitos, mas são determinados problemas e conflitos que, ao atingirem um certo grau de interesse e de alarme social no público, se convertem num pretexto para uma ação política destinada a obter não tanto funções instrumentais específicas, mas sim uma outra função de caráter geral: a obtenção do consenso buscado pelos políticos na chamada “opinião pública”*¹⁵⁷.

¹⁵⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra mulher. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 48, maio/jun. 2004. p. 269.

¹⁵⁷ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2, n. 5. janeiro-março, 1994.p. 23.

IV.I A “nova” perspectiva de contenção do poder punitivo.

Não se pode ter aqui a pretensão de construir um conhecimento neutro, porque, quando se escolhe um objeto de investigação, deve-se ter em mente que sempre se trabalha com uma parte fragmentada da realidade, pois, a todo momento, depara-se com elevado número de possíveis dados e informações das quais não se pode absorver tudo “*por meras razões de percepção fisiológica e de percepção psicológica*”¹⁵⁸.

Todos selecionam e buscam, por exemplo, os dados que correspondem às suas expectativas¹⁵⁹. Por óbvio, essa seleção não se dá de forma aleatória, mas obedece a padrões, princípios de escolha, que naturalmente não são privativos, mas compartilhados com todas as pessoas do círculo cultural e linguístico¹⁶⁰. Deve-se ter como premissa que:

Quem compreende a “realidade”, quem a vivencia em casos e situações, a vivencia e compreende “para si” e por isso de modo diferente que os outros: como o amigo, como o médico. Ele a vivencia, porém não só no papel de médico, mas também pelas várias expectativas, sentimentos e atitudes que adquiriu ao longo de sua vida: pelas sequelas que sofreu como vítima de um fato punível, como a aversão contra as pessoas que para ele tem uma semelhança com o então violador. Pela esperança que ele coloca à frente na nova geração, ou pelo receio que tem dela.¹⁶¹

Nesse contexto, não é demais concluir que todo saber ocupa-se de um âmbito da realidade e o faz a partir de perspectivas e com certa intencionalidade. Revela-se inevitável que, ao reconhecer os dados para a elaboração dos conceitos, se escolham aqueles que guardem pertinência com o objeto e melhor se adequem ao método¹⁶². Não é diferente com o Direito Penal. O saber científico organiza-se pescando os dados do mundo, contudo, não se permite inventar o mundo¹⁶³.

Quando o Direito Penal elabora conceitos, não pode desconhecer que, mesmo que não o faça teleologicamente, *tais conceitos cumprem uma função política e, portanto, não há como*

¹⁵⁸ HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p.129

¹⁵⁹ HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p.129

¹⁶⁰ HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p.129

¹⁶¹ HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005 p. 131

¹⁶² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2010. p. 59.

¹⁶³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2010. p. 59.

*deixar de orientá-los politicamente, sob pena de construir conceitos perversos*¹⁶⁴. Para não cair na perversidade, cabe elidir a tendência a inventar aquilo que não existe no mundo, bem como a tendência a pretender que aquilo que existe venha a limitá-lo além do necessário¹⁶⁵. Nesse contexto, sob uma perspectiva de contenção do poder punitivo, não se pode fugir à consequência de que a construção conceitual do bem jurídico deve empreender-se como um sistema orientado pela ideia reitora de uma intencionalidade redutora do poder punitivo¹⁶⁶.

Adota-se a ideia de teleologia redutora expressa por ZAFFARONI, pois a norma incriminadora necessita de buscar uma legitimação para que seja imposta, porque, como lembra TAVARES – em já clássica lição –, a liberdade restringida é um dado empírico, concreto e absolutamente tangível. Em outras palavras, por ser a liberdade evidente, ela não necessita se legitimar.

No entanto, quando se analisa o mundo empírico, percebe-se que a pena não goza de nenhuma legitimidade. Na prática operativa, o sistema penal não exerce seu poder para tutelar bens jurídicos, tampouco protege regras sociais mínimas¹⁶⁷. Qualquer afirmação nesse sentido não passa de uma tentativa de racionalização discursiva, legitimadora do exercício do poder punitivo, que não encontra amparo no mundo empírico¹⁶⁸.

Como lembra HULSMAN, *a justiça penal é incontrolável, materialmente desigual e expropriadora dos direitos dos envolvidos no conflito, principalmente das vítimas*¹⁶⁹. Além de não ser instrumento de proteção de bens jurídicos, o Direito Penal, via de regra, cumpre papel dessocializador da pessoa, que resulta da imposição do rótulo da culpa e da execução da pena. A condenação importa sempre um desconforto psicológico duradouro, decorrente da humilhação contida no juízo condenatório¹⁷⁰.

¹⁶⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2010. p. 59.

¹⁶⁵ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2010. p. 59.

¹⁶⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2010. p. 59.

¹⁶⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 2001. p. 254.

¹⁶⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 2001. p. 254.

¹⁶⁹ HUSLSMAN, Louk. *La criminología crítica y el concepto de delito*. Apud: TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade*. 2014. p. 174.

¹⁷⁰ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*, p. 12.

FABRICIUS demonstra muito bem como se processa o juízo de culpabilidade e como isso interfere para sempre, de maneira profunda, na estrutura psicológica do condenado, não apenas em função exclusiva de seu pronunciamento, mas da própria obediência a que é submetido. Para o autor: *“Na medida em que a regulação através da obediência se torna dominante, o verdadeiro si mesmo (Selbst) é empurrado à clandestinidade e a consciência é narcotizada e silenciada”*¹⁷¹.

Em geral, sabe-se que as intervenções penais são estigmatizantes e produzem efeitos contrários à denominada ressocialização do condenado. Mesmo num irreal sistema de justiça criminal que funcione de acordo com os princípios constitucionais do Estado de Direito e os princípios do Direito Penal liberal, a pena não pode representar uma defesa adequada do mínimo ético ou dos bens jurídicos¹⁷². Dessa forma, é inevitável concluir que *“não é possível afirmar um efeito relevante da pena na diminuição das infrações à norma. A sanção penal teria assim, quando muito, um papel de reafirmação da validade da norma, não obstante sua violação”*¹⁷³.

Como a incriminação não pode ser legitimada com fundamentos empíricos, parece que entramos em um beco sem saída. A consequência imediata para um sistema penal absolutamente desprovido de legitimidade seria a abolição do mesmo. Essa proposta não é desarrazoada em função de seus efeitos. *Abolir a punição não é uma proposta indecorosa*¹⁷⁴. Contudo, *“as teorias abolicionistas não são muito úteis para reduzir ao mínimo a intervenção penal. A reforma radical do sistema penal, pela qual pugnamos, deve ter em conta as denúncias contra a desumanidade do sistema declamadas pela criminologia crítica”*¹⁷⁵.

Nesse contexto de contenção do poder punitivo, deve-se buscar, na teoria do bem jurídico, um elemento de racionalidade que se oponha à irracionalidade do Direito Penal. Hoje em dia, é certo que o sistema penal não resolve nenhum conflito, mas sim os decide, por isso, a violência seletiva seria totalmente descontrolada, caso se admitisse sua intervenção, na

¹⁷¹ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*, tradução de Juarez Tavares e Frederico Figueiredo, Curitiba, 2006, p. 25. *Apud* TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência.

¹⁷² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 2001. p. 254.

¹⁷³ BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: Entre a violência estrutural e a violência penal. p. 51.

¹⁷⁴ TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência, p. 13.

¹⁷⁵ SANCHEZ, Mauricio Martínez Sacher, *La abolición del sistema penal*, Bogotá, 1990, p. 7. *Apud*: TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência, p. 13.

ausência de qualquer conflito ou que esse fosse gerado pelos simples gostos pessoais dos que operam a seletividade¹⁷⁶.

Portanto, parte-se do pressuposto de que o bem jurídico é condicionante da aplicação da norma penal. Não se aceita a legitimidade da norma penal¹⁷⁷, mas se entende que o bem jurídico deve ser um preceito de racionalidade na aplicação do Direito Penal. Isso porque a decisão criminalizante do Judiciário é sempre “má”, mas é menos “má” do que as das outras agências de criminalização secundária¹⁷⁸ e, por esse motivo, deve impor padrões de racionalidade a essas últimas. A decisão judicial somente é válida na medida em que reduza o grau de irracionalidade no exercício do poder punitivo. Como lembra FERRAJOLI, o Poder Judiciário, diferentemente dos outros, não é legitimado pela representatividade, ou pela aclamação, mas sim pela racionalidade de suas decisões.

IV.II O “novo” conceito pessoal de bem jurídico-penal.

Não se pode apresentar um conceito estático de bem jurídico. Como lembra TAVARES, *“a identificação do bem jurídico se faz mediante um processo discursivo, edificado sobre a norma penal, que deve ser absolutamente clara e expressa na linguagem construída por todos”*¹⁷⁹.

Ao utilizar-se da linguagem para conceituar bem jurídico, deve-se ter em mente que *“a escolha da linguagem não é casual. A linguagem é um comportamento social e por isso submete-se a inúmeras regras – e não apenas gramaticais. É um sinal de que se pertence a um grupo”*¹⁸⁰. A escolha da expressão linguística é regulada por meio de uma valoração daquilo que se informa, e assim o destinatário da informação também a compreende¹⁸¹.

¹⁷⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 2001. p. 254.

¹⁷⁷ Acerca da deslegitimidade do poder punitivo ver, entre outros: ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das Penas Perdidas*.

¹⁷⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 2001. p. 254.

¹⁷⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 223.

¹⁸⁰ HASSEMER, Winfred, *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. p. 126.

¹⁸¹ HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. p. 127.

Faz-se necessário, assim, estabelecer o pressuposto segundo o qual a linguagem que expressa o bem jurídico é *a linguagem cotidiana*¹⁸². Isso porque os elementos da delimitação da conduta proibida devem ser traçados por todos, num processo de participação democrática e não numa construção efetuada por uma elite¹⁸³. Dessa forma, o bem jurídico condiciona a imposição fática da norma a que todo cidadão possa ser considerado, ao mesmo tempo, destinatário e autor das normas¹⁸⁴.

O significado do bem jurídico está subordinado ao contexto de garantia e de limitação de poder de um Estado democrático¹⁸⁵. A identificação do bem jurídico deve orientar-se em dois sentidos. Conforme o primeiro, o bem jurídico não pode perder, direta ou indiretamente, sua referência a um dado do ser, isto é, sua existência como tal deve preceder suas características normativas¹⁸⁶. De acordo com o segundo, o conceito de bem jurídico não pode prescindir do seu enfoque normativo. Deve-se interpretá-lo como um elemento real representativo de uma dada realidade social¹⁸⁷, cuja formação é externa ao sistema jurídico.

Entretanto, é importante que o bem jurídico não seja entendido como um fato bruto em sua mera existência física, nem com o próprio *status* que sobre este recai, *ou seja, como um valor a ser preservado independentemente de qualquer vínculo com a pessoa humana*¹⁸⁸. Como bem alerta TAVARES, o bem jurídico "*não pode ser entendido no sentido puramente material, como se fosse uma pessoa ou uma coisa*"¹⁸⁹, mas também não deve ser recepcionado no ordenamento jurídico como um valor, por si só, carente de proteção. Note-se aqui a essência do conceito pessoal de bem jurídico proposto por HASSEMER.

Na formulação de TAVARES, "*o bem jurídico só vale na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que insere na norma como valor*"¹⁹⁰. É que HASSEMER restringe-se a definir o bem jurídico como *interesse da pessoa*

¹⁸² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 103.

¹⁸³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 103.

¹⁸⁴ Essa premissa é assentada no conceito de *pessoa deliberativa* de Klaus Gunther. Para a conceituação precisa, analisar: GUNTHER, Klaus. A culpabilidade no Direito Penal atual e no Futuro. Tradução Juarez Tavares. In: Revista Brasileira de ciências criminais. Ano 6 – n. 24 – outubro-dezembro, 1998.

¹⁸⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 202.

¹⁸⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 202.

¹⁸⁷ JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. p. 128.

¹⁸⁸ GUNTHER, Klaus. *A culpabilidade no Direito Penal atual e no Futuro*. Tradução Juarez Tavares. In: Revista Brasileira de ciências criminais. Ano 6 – n. 24 – outubro-dezembro, 1998 p. 128.

¹⁸⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 199.

¹⁹⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 202.

humana, ao passe que TAVARES o formula como *objeto referencial*. Essa ideia terá importantes implicações para a limitação do poder punitivo, como demonstrar-se-á mais adiante.

De toda forma, o que realmente importa não é indagar se o bem jurídico tem ou não existência física, mas sim se ele pode ou não ser relacionado a uma ou mais pessoas¹⁹¹. A relação com o sujeito concreto não ocorre quando não é possível estabelecer qualquer vínculo direto ou indireto entre aquilo que a norma aponta como bem jurídico e a esfera de existência de uma ou mais pessoas¹⁹². Isso se verifica, por exemplo, nas hipóteses de incriminações baseadas na simples desestabilização de funções controladas pelo Estado.

Lembra TAVARES que a função constitui uma mera "*relação decorrente de variáveis, que correspondem a pontos de referência de algo*"¹⁹³. Ela não tem significado próprio e somente representa a existência de uma relação entre duas variáveis.

A incriminação de condutas simplesmente disfuncionais não tem qualquer relação com a afetação de bens jurídicos com valor substancial, mas é mero eficientismo dos instrumentos de controle, *independentemente de qualquer repercussão que a conduta possa ter sobre a esfera de existência de pessoas*¹⁹⁴. No caso da criminalização baseada em meras disfuncionalidades, não há um bem jurídico materializável num objeto corpóreo. O que deslegitima uma incriminação como esta não é o caráter mais ou menos abstrato do ente afetado, mas a sua desvinculação de qualquer elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social¹⁹⁵.

Com base nessas considerações, pode-se explicitar que o bem jurídico deve ser um *elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social*¹⁹⁶. Nessa perspectiva, o bem jurídico pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma, como objeto de preferência *real* do sujeito¹⁹⁷. A configuração do conceito de bem jurídico deve ter como referência *a pessoa humana situada no seu mundo de relações reais e historicamente*

¹⁹¹ JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. p. 128.

¹⁹² JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. p. 128.

¹⁹³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 198.

¹⁹⁴ JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. p. 128.

¹⁹⁵ JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. p. 128.

¹⁹⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 198.

¹⁹⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 198.

*configuradas*¹⁹⁸. A partir desse preceito, pode-se ancorar o conceito de bem jurídico no mundo da vida.

Isso significa que o bem jurídico deve restringir-se aos valores concretizáveis na norma, compartilhados por todos e necessários para o desenvolvimento dos cidadãos enquanto seres que se manifestam e são percebidos no mundo concreto. Portanto, o bem jurídico é um *objeto de reconhecimento intersubjetivo*¹⁹⁹ e, por isso, o injusto penal é entendido, em última instância, como *a negação insuportável do reconhecimento recíproco*²⁰⁰.

¹⁹⁸ TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: A incongruência dos métodos*. In: Revista brasileira de ciências criminais. ano 6 – n. 24 – outubro-dezembro 1998. p. 156

¹⁹⁹ JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. p. 128.

²⁰⁰ JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. p. 128.

V.I. Duas primeiras decorrências lógicas do “novo” conceito pessoal de bem jurídico

Caso se adote a perspectiva de bem jurídico como objeto *referencial* do sujeito, não podem ser criminalizadas as condutas que não atinjam valores compartilhados por todos os cidadãos. Essa circunstância serve para deslegitimar o poder punitivo na hipótese de a norma penal criminalizar conflitos sociais manifestos em condutas típicas de grupos politicamente marginalizados, quando essas condutas decorram de um projeto de vida coletivamente compartilhado.

Mostra-se necessário que o bem jurídico estabeleça um objeto preciso de referência para o comportamento do sujeito, em outras palavras, a pessoa deve saber, em conformidade com a sua projeção no mundo da vida, como ela deve orientar a sua atividade²⁰¹. *Se o bem jurídico não é capaz de orientar a atividade, ele não é uma concepção correta para delimitar o poder de punir*²⁰². A perspectiva de “como agir” estará sempre alinhada àquela de como viver, de sorte que somente se sente obrigado a seguir determinados deveres quem os concebe como expressão do valor do próprio eu, como tradução da sua autoafirmação²⁰³.

Entretanto, como lembra BECKER, *peçoas profundamente envolvidas em uma subcultura particular (tais como uma subcultura religiosa ou étnica) podem simplesmente não saber que as pessoas não agem de determinada maneira e, assim, cometer uma impropriedade. Pode haver, na verdade, áreas estruturadas de ignorância de regras particulares*²⁰⁴.

Para que o bem jurídico possa ser um objeto preciso de referência para informar ao sujeito, é indispensável que os valores pressupostos pela norma incriminadora encontrem eco nos outros instrumentos de controle social e façam parte da *comunidade linguística* que o sujeito integra. Ocorre que, numa sociedade concretamente determinada, não existe o consenso acerca do que pode ou não ser criminalizado. TAVARES é enfático, ao rememorar que, *em uma*

²⁰¹ Palestra de Juarez Tavares: *Bem jurídico-penal e Constituição*, proferida no dia 9 de outubro de 2013 na UERJ e no dia 24 de março de 2015 na UnB.

²⁰² Palestra de Juarez Tavares: *Bem jurídico-penal e Constituição*, proferida no dia 9 de outubro de 2013 na UERJ e no dia 24 de março de 2015 na UnB.

²⁰³ TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade*. 2014, p. 160.

²⁰⁴ BECKER, Howard. *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*. 2008. p. 31-32.

*sociedade absolutamente desigual, fica difícil afirmar que houve consenso em torno de determinada norma*²⁰⁵. O consenso não é empiricamente demonstrável.

Marcelo NEVES também adota essa perspectiva em sua tese de livre-docência e critica a perspectiva habermasiana sobre o consenso. Segundo NEVES, “*Habermas sobrecarrega, com sua pretensão consensualista, o mundo da vida enquanto horizonte dos agentes comunicativos ou da construção da intersubjetividade*”²⁰⁶.

Para o Professor da Universidade de Brasília, o que caracteriza a modernidade é o dissenso, a diferença, a pluralidade e não o consenso entre projetos de vida radicalmente múltiplos. Defende ser *inegável a hipercomplexidade da sociedade moderna, com uma diversidade incontável e contraditória de valores e interesses, o que torna praticamente impossível uma reconstrução racional do mundo da vida a partir da ação comunicativa em sentido estrito (orientada para o entendimento intersubjetivo). A ocorrência no consenso na interação é eventual*²⁰⁷.

Assim, estabelece-se como premissa o dissenso. A cultura, a sociedade e as estruturas de personalidade são fragmentadas em diferentes grupos sociais. Não existe a ideia de sociedade unitária, tal qual proposta pelo iluminismo. Dessa forma, numa sociedade de classes, os bens jurídicos não de expressar, em maior ou menor grau, os interesses da classe dominante²⁰⁸.

Surge a importância, então, de limitar-se o poder do Estado de criminalizar determinadas condutas pelo conceito de bem jurídico, especialmente quando essas manifestarem um projeto de vida coletivo para um grupo social, ou seja, quando não refletirem valores de uma camada da população politicamente marginalizada. Essa medida ajuda a reduzir, mas não elimina, a irracionalidade inerente ao exercício do poder punitivo, de forma que garante um discurso em torno da norma penal mais democrático e inclusivo.

Um exemplo concreto seria a impossibilidade de reconhecer-se a legitimidade da criminalização das condutas previstas no art. 247 do Código Penal, tais como: *Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: III -*

²⁰⁵ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: O que se devenda a partir da presunção de evidência*. p. 11.

²⁰⁶ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. 2012. p. 125.

²⁰⁷ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. 2012. p. 127.

²⁰⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 2007. p. 116.

resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comisseração pública. Não se pode permitir que a norma penal diga que a mendicância ou a prostituição não são projetos de vida bons, especialmente em razão da ausência de oferta de outras possibilidades pelo Estado brasileiro.

Com efeito, é necessário, ainda, que haja, por parte do Estado, uma coerência com as instâncias de cultura ao comunicar o conteúdo do injusto aos cidadãos constitutivos de uma sociedade. Para tanto, mostra-se indispensável que a linguagem definidora do bem jurídico seja a mesma do cotidiano da vida em sociedade, que as instituições reflitam o valor pressuposto na norma e que o discurso em torno da incriminação seja claro e bem definido.

TAVARES reconhece que a norma penal deve ser um instrumento de comunicação preciso e delimitado para o indivíduo:

A compreensão mais atual de que a norma jurídica deve ser entendida como instrumento de comunicação, concepção em grande medida devida à contribuição de Habermas²⁰⁹, traz à baila a questão concernente à efetividade do ato comunicativo produzido pelo Estado a partir da criação do tipo penal. O emissor deve garantir que a norma jurídica, como ato de comunicação, aporte com segurança e precisão aos seus destinatários. É evidente que a legitimidade garantida pelo processo de auto-legislação proposto por Habermas²¹⁰ a partir do engajamento individual no processo de produção normativa constitui ponto de partida seguro para o incremento de eficácia do ato de comunicação proposto pela norma jurídica. Contudo, e independente da relevância que se atribua ao procedimento de obtenção de consenso na produção das normas jurídicas, não se pode negar que a compreensão individual acerca do âmbito de proibição depende da realização de um ato de comunicação entre o Estado e o indivíduo²¹¹.

Para que o sistema jurídico-penal possa informar ao cidadão como ele deve comportar-se em sociedade, devem existir aparatos de cultura e socialização que reflitam o valor integralizado na norma penal. Dessa forma, a incriminação pressupõe outras instâncias de controle. Não se pode tratar os problemas da criminalidade se os outros processos de desenvolvimento de cultura pessoal e social *não obtêm êxito*²¹². *O cidadão precisa saber quais*

²⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

²¹⁰ A noção de auto-legislação repousa no paradigma procedimentalista tendente a buscar a manifestação de vontade em igualdade de condições do agir comunicativo, estabelecedoras de regras imparciais reguladoras da ação no mundo da vida. Para Habermas, “sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantia sia força integradora se a totalidade dos *destinatários* singulares das normas jurídicas puder considerar-se *autora* racional dessas normas. Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo” (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1, p. 54).

²¹¹ TAVARES, Juarez. *Parecer sobre o bem jurídico pressuposto no crime de Lavagem de Dinheiro*.

²¹² HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p. 416.

*as normas jurídico-penais que se convertem em normas sociais e precisa viver de acordo com elas*²¹³.

Nesse contexto, o bem jurídico, como elemento inerente à condição de sujeito, condicionante da eficácia normativa, limita a norma penal na medida em que impede que ela seja o único instrumento de controle a refletir o valor integralizado no bem jurídico. Isso porque a possibilidade de o sistema jurídico-penal transmitir o conteúdo da norma jurídica é condicionada à existência de instâncias extrapenais, de modo que, caso elas se mostrem incapazes de informar ao sujeito a forma como ele deve se comportar, não pode o bem jurídico-penal ser pressuposto para a incriminação. Nesse contexto, o bem jurídico não é capaz de informar ao indivíduo e, assim, não é idôneo para limitar o poder do Estado.

O que se propõe aqui é uma espécie de perda da possibilidade de exercício do poder punitivo estatal²¹⁴ em virtude de sucessivas e reiteradas falhas de todos os seus braços (educação, saúde, assistência social, trabalho, lazer, higiene, habitação, etc), que redundaram na impossibilidade absoluta de que a norma penal informe ao indivíduo como ele deve se comportar.

Em suma: para que o bem jurídico seja um objeto de referência para o comportamento do sujeito, devem-se pressupor outras instâncias de sociabilidade. Caso essas não estejam na vida cotidiana do agente, o exercício do poder punitivo encontra-se deslegitimado, pois, nas palavras de TAVARES, *se o bem jurídico não é capaz de orientar a atividade, ele não é uma concepção correta para delimitar o poder de punir*²¹⁵.

²¹³ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p. 416.

²¹⁴ A ideia aqui proposta é uma modificação de algumas das conclusões da tese doutoral na obra de Davi de Paiva Costa TANGERINO. Para mais, observar: TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade*. 2014

²¹⁵ Palestra de Juarez Tavares: *Bem jurídico-penal e Constituição*, proferida no dia 9 de outubro de 2013 na UERJ e no dia 24 de março de 2015 na UnB.

V.II. O Bem Jurídico como instrumento de fragmentariedade do Direito Penal ínsito ao próprio tipo.

HASSEMER entende que, ao princípio da violação de bens jurídicos como elemento fundamentador do merecimento de pena, “*contrapõem-se princípios que atuam no sentido de uma limitação da punibilidade, os quais eu reúno sob a concepção da "formalização da justiça penal". Dentre eles há que se mencionar os seguintes: subsidiariedade (o recurso ao Direito Penal só pode ter lugar quando nenhum outro meio puder solucionar adequadamente o conflito); danosidade social (o conflito tem que atingir "todos nós" e não somente o autor e a vítima); tolerância, humanidade, respeito da dignidade humana*”²¹⁶.

Veja-se que os preceitos da *danosidade social, tolerância, humanidade*, etc, segundo a perspectiva adotada pelo autor, contrapõem-se ao princípio de proteção do bem jurídico. Entretanto, a partir do conceito de bem jurídico como objeto de preferência real, condiciona-se, ainda, a validade da norma e subordina-se sua eficácia à demonstração de lesão ou colocação em risco do bem jurídico, o qual passa a ser um elemento primário da estrutura do tipo²¹⁷. Assim, como o bem jurídico é um dado empírico, a norma penal passa a estar relacionada a um conflito socialmente verificável. A função do tipo é *abarcara um conflito social e o injusto não pode ser outra coisa que um conflito submetido à resposta do poder punitivo*²¹⁸.

Esclarece-se que o bem jurídico-penal é uma parcela da realidade social que recebe um *status* da coletividade, de modo a funcionar como o conteúdo material do injusto²¹⁹. Trata-se de um instituto de Direito Penal que opera segundo regras constitutivas, de modo que faz surgir no mundo algo que antes não existia: o crime. Como lembra Mir Puig:

O tipo objeto do delito somente é, pois, uma forma limitada de criação normativa do Direito, pois seleciona um setor da realidade, naturalístico ou social, previamente existente. A seleção dessa realidade é ato de disposição normativa jurídica, que dá à dita realidade um sentido valorativo específico. Porém a realidade selecionada não é criada pelo

²¹⁶ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luíz e Tórtima, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18.

²¹⁷ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: O que se devenda a partir da presunção de evidência*. p. 11

²¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Prefácio da 1ª edição da *Teoria do injusto penal*. In: TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. p. xviii.

²¹⁹ JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. p. 128.

legislador, mas sim a ele vem dada, com seu significado natural e social próprio. O critério fundamento que há de guiar a seleção de condutas típicas deve ser a sua capacidade de lesionar interesses reais diretos ou indiretos dos cidadãos, interesses prévios as normas jurídico-penais, fatos de uma amálgama de base natural e concreção cultural de que deve partir o Direito penal²²⁰.

Nesse contexto, a tipicidade deixa de ser uma mera subsunção da norma ao fato e passa a abarcar um conflito de elevada relevância social.

Para a aplicação da proibição prevista no tipo penal, é imprescindível a lesividade social da conduta, pois o Direito Penal é o instrumento de controle mais grave em um Estado Democrático. Como lembra o próprio HASSEMER, o que diferencia o Direito Penal dos demais mecanismos de controle é o seu objeto – os conflitos desviantes com grande relevância social – e o seus instrumentos – os meios de intervenção de efeito mais rigoroso.

A norma incriminadora não tem validade por si só. Além da exigência quanto ao procedimento democrático para a sua elaboração, é preciso que a incriminação seja delimitada sob o ponto de vista de seus efeitos sociais, quer dizer, *a regra é a da preservação da liberdade, em primeiro plano, e a exceção de intervenção só pode ser executada em caso de necessidade e desde que atendidas sua adequação e proporcionalidade*²²¹. A incriminação, quando proibitiva por si só, independentemente de lesão social que dela resulte, acarreta em efetivo efeito dessocializador, tornando típicas condutas socialmente aceitáveis e inclusive inseridas no âmbito normal de relação de pessoas²²².

O Direito Penal como forma de transformação dos conflitos desviantes²²³ não pode perder o contato com o conflito empírico. Como ele faz parte do controle social, isso significa que *norma penal, sanção penal e processo penal estão relacionados com as normas, sanções e processos dos demais âmbitos de controle social, eles “formam” o sistema completo de transformação social do desvio*²²⁴.

²²⁰ MIR PUIG, Santiago. Limites del normativismo en derecho penal. Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia, Granada, n. 07-18, p. 01-24, dez. 2005. In: JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. p. 128.

²²¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 120.

²²² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 120.

²²³ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p. 415.

²²⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p. 415.

O sistema jurídico-penal deve ser subsidiário a estes outros âmbitos. Assim, caso o conflito seja resolvível por meio de uma forma menos gravosa, um instrumento de controle menos rígido, a norma penal perde sua eficácia.

Por meio do conceito de bem jurídico, a aplicação da lei penal fica condicionada a que o conflito submetido ao Poder Judiciário não seja resolvível por uma forma menos gravosa. Isso porque o bem jurídico é o objeto lesionado ou posto em perigo pela conduta típica. A partir dele, pode-se aferir a lesividade social, que é um conceito baseado num *saber empírico* e na utilização deste saber para a estipulação das consequências jurídico-penais²²⁵.

Na medida em que, ao Direito Penal somente interessam os conflitos que não são solucionáveis por outras esferas de controle, pode-se entender que o bem jurídico-penal foi lesionado ou colocado em perigo apenas quando o conflito social manifesto no crime não tiver outra solução que não pela intervenção jurídico-penal.

Como lembra TAVARES, é pressuposto do reconhecimento do bem jurídico a possibilidade de ser *concretamente lesado ou posto em perigo, mas de tal modo que a afirmação dessa lesão ou desse perigo seja suscetível de um procedimento de contestação*. A lesão efetiva do bem jurídico deve ter como pressuposto a impossibilidade de solução do conflito por uma forma menos gravosa.

A negação do *reconhecimento intersubjetivo* deve abarcar o mínimo ético para uma vida em sociedade. Não que caiba ao Direito Penal proteger esse *mínimo ético*, mas, com base nesse pressuposto, insere-se dentro do tipo penal o preceito da *ultima ratio*, pois o bem jurídico é elemento primário do tipo.

Como decorrência lógica do que aqui defendido, o caso de furto, por exemplo, em que é possível a composição do conflito pelo Direito Civil, ou por meio de um acordo entre as partes, deixaria de ser um fato típico.

A partir de então, não se trataria apenas de estipular um valor máximo da *res furtiva* para a aplicação do *princípio da insignificância*, como têm feito os Tribunais brasileiros²²⁶, mas sim de analisar a possibilidade de resolução do conflito por outras esferas do controle social. A

²²⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p. 57.

²²⁶ O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm aplicado o *princípio da insignificância* quando o valor da *res furtiva* não ultrapassa o montante de R\$ 100,00 (cem reais.).

lesão ao patrimônio, para fins da lei penal, somente ocorrerá quando for de tal gravidade que torne impossível a solução do conflito em outras esferas.

Apenas se relembre que toda espécie de delito necessita de um resultado, *nullum crimen sine iniuria*. A doutrina em Direito Penal, quase de forma uníssona, entende a imprescindibilidade da lesão ou da colocação em perigo do bem jurídico.

Dessa forma, a conclusão proposta neste capítulo tem aplicabilidade para todas as espécies delitivas, até mesmo para os casos que usualmente costumou-se a chamar, no Brasil, de crime de mera conduta²²⁷ e para os delitos de perigo abstrato²²⁸.

Com a nova perspectiva, cabe ao Judiciário proteger a liberdade o máximo possível, aplicando a norma incriminadora apenas quando não existir outra forma de proteger o cidadão. Esse seria um critério mais racional e alinhado à ideia de contenção do poder punitivo.

V.III. O Bem Jurídico como instrumento de contenção da irracionalidade seletiva da lei penal. O que há de mais “novo”.

A exigência de uma delimitação da intervenção do Estado, igualmente no âmbito do processo de socialização, ou dessocialização, e não apenas no âmbito causal da produção de efeitos, deflui da necessidade de situar o bem jurídico não apenas como objeto de preferência

²²⁷ A doutrina nacional propõe a classificação dos crimes em “*de mera conduta*”, nos quais não é possível a distinção entre ação e resultado, porquanto o resultado se esgota na própria ação e os “*de resultado*” “*nos quais se pode separar nitidamente, no plano natural de espaço e tempo, entre a ação e o seu efeito*” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003 p 234). Entretanto, essa classificação é plenamente criticável, pois, independentemente de quando ocorra o resultado, o importante é a perfeita identificação do resultado naturalístico que deve ser entendido como uma alteração do objeto da ação. “*Esta alteração pode ser expressada tanto na forma de uma alteração material ou substancial do objeto da ação (...) quanto na forma de um quadro de probabilidade dessa alteração substancial*” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003 p 234.).

²²⁸ BOTTINI propõe a identificação da exposição do bem jurídico ao perigo, como critério de avaliação da relevância penal, a qual ele chama de construção material dos delitos de perigo abstrato, essa é uma forma que o autor encontrou de limitar/justificar a existência dos crimes de perigo abstrato, em face do preceito do *nullum crimen sine iniuria*. Para mais, verificar: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato* – 3 ed rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ou de referência, *mas também como instrumento de discussão da legitimidade do próprio direito de punir*²²⁹.

É fundamental que o Judiciário argumente, ao aplicar a lei penal, sobre o seu papel constitutivo da criminalidade. Uma decisão jurídica racional tem como pressuposto que “*o sistema de justiça penal não reage contra uma criminalidade que existe ontologicamente na sociedade independente da sua intervenção, mas é a própria intervenção do sistema que, ao reagir constrói, co-constitui o universo da criminalidade*”²³⁰.

Na prática, a agência judicial acaba, na maioria dos casos, exercendo o papel de confirmar os estereótipos de criminoso, legitimando o poder punitivo sob o manto do discurso de legalidade. A consequência direta é verificada empiricamente pela homogeneidade da nossa população carcerária, composta, quase com exclusividade, por homens, jovens, não brancos e de baixa renda, apesar de a prática de delitos ser majoritária e ubíqua²³¹.

Aqui importa, tal qual faz JOFFILY, a substituição da ideia de liberdade liberal pela noção de liberdade republicana, proposta na obra de John Braithwaite e Philip Pettit. Esses autores *defendem a substituição do conceito moderno de liberdade – consistente no poder de fazer tudo aquilo que não afete a outra pessoa – pelo conceito de domínio (domínio)*²³².

PETTIT afirma que, na Roma antiga, na Itália renascentista e na Inglaterra do século XVII, todos os republicanos diziam que a dominação era o maior mal a ser evitado na

²²⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 227.

²³⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra mulher. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 48, maio/jun. 2004. p. 270.

²³¹ Acerca da seletividade no exercício do poder punitivo, observe-se a seguinte lição de Vera ANDRADE: *Todas as pessoas, de todos os estratos sociais, faixas etárias, etnias e gênero, ou seja, todos nós (e não uma minoria perigosa da sociedade) praticamos, frequentemente, fatos definidos como crimes, contravenções ou infrações administrativas e somos, por outro lado, vítimas destas práticas (o que muda é a especificidade das condutas). Assim, tanto a criminalidade quanto a vitimação são majoritárias e ubíquas (todos nós somos criminosos e vítimas), percepção heurística para um senso comum acostumado a olhar o problema criminal como um problema do(s) outro(s) e a manter com ele uma relação de exterioridade, e, portanto, de imunização. Ora, se a conduta criminal é majoritária e ubíqua a clientela do sistema penal é composta, regularmente, em todos os lugares do mundo, por homens adultos jovens pertencentes aos mais baixos estratos sociais e, em grande medida, não brancos, isto significa que a impunidade e a incriminação (e também a vitimação) são orientadas pela seleção desigual de pessoas de acordo com uma fortíssima estereotipia presente no senso comum e dos operadores do controle penal, e não pela incriminação igualitária de condutas, como programa o discurso jurídico-penal.* ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra mulher. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 48, maio/jun. 2004. p. 270.

²³² JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. p. 128.

organização de uma comunidade e na política. Descrevia-se o *status* de não ser dominado – não estar sobre o poder de alguém – como liberdade e tomava-se por liberdade a não dominação como a política de maior valor²³³. *Para gozar da liberdade republicana, se deveria ser capaz de manter a cabeça em pé, olhar os outros diretamente nos olhos e se relacionar com os outros sem medo ou diferença*²³⁴. Liberdade era não ter um *dominus* ou mestre, *mesmo um mestre justo, era não ser sujeito de ninguém*²³⁵.

A concepção liberal, por sua vez, parte de uma noção solitária do indivíduo, entendendo como situação ideal de liberdade a existência isolada, fora da esfera de interferência de qualquer outra pessoa²³⁶.

Como não vivemos numa tal realidade hermeticamente fechada, mas em permanente convívio, BRAITHWAITE e PETTIT conceituam a liberdade de forma relacional. Nesse sentido:

A liberdade plena deixa de ser definida em termos absolutos, como total ausência de coerção ou constrangimento, e passa a ser compreendida somente em termos relativos, comparativos. Assim, enquanto que na concepção liberal um sujeito estaria no perfeito gozo de sua liberdade na medida em que fosse deixado em paz por todos os demais, numa concepção republicana, ele só será efetivamente livre na medida em que a ele for dispensado igual tratamento perante a lei, ou seja, na medida em que a ele não seja dispensado, por terceiros ou pelo Estado, tratamento diverso daquele recebido por todos os demais membros da comunidade²³⁷.

Lembra JOFFILY que BRAITHWAITE e PETTIT apresentam três requisitos básicos para uma existência plenamente livre: (1) *a pessoa deve não apenas se considerar livre (de coerção), mas que ela seja efetivamente tão livre (de coerção) quanto qualquer outro membro da sociedade*²³⁸; (2) *todas as pessoas, independente de estarem sendo tratadas como iguais, sejam dadas garantias de que tal tratamento igualitário não decorra de um simples golpe de sorte – apenas porque ninguém resolveu intervir em sua esfera de domínio – mas sim da própria*

²³³ PETTIT, Philip. *Indigence and Sentencing in Republican Theory*. In: HEFFERNAN, William C; KLEINIG, John. *From Social Justice to Criminal Justice*. p. 243.

²³⁴ PETTIT, Philip. *Indigence and Sentencing in Republican Theory*. In: HEFFERNAN, William C; KLEINIG, John. *From Social Justice to Criminal Justice*. p. 243.

²³⁵ PETTIT, Philip. *Indigence and Sentencing in Republican Theory*. In: HEFFERNAN, William C; KLEINIG, John. *From Social Justice to Criminal Justice*. p. 243.

²³⁶ PETTIT, Philip. *Indigence and Sentencing in Republican Theory*. In: HEFFERNAN, William C; KLEINIG, John. *From Social Justice to Criminal Justice*. p. 243.

²³⁷ JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. p. 142.

²³⁸ JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. p. 144.

*garantia de igual tratamento de todos perante a lei*²³⁹; (3) *a garantia legalmente assegurada a todos, de ver-se livre da coerção de terceiros, não seja um dado objetivo, mas que ela seja do conhecimento de cada uma das pessoas e, mais do que isso, que toda e qualquer pessoa tenha conhecimento de que todo os seus iguais sabem que a eles é garantido igual tratamento livre*²⁴⁰.

Uma vez que todo bem jurídico está sempre relacionado com a esfera de existência de pessoas concretas, sejam elas tomadas isoladamente ou como um grupo de indivíduos indistinguíveis, o conceito de bem jurídico deve agir como elemento redutor da irracionalidade na aplicação da lei penal, na medida em que condiciona a vigência da norma incriminadora a que a pessoa por ela afetada não tenha sido *objeto de um procedimento de exclusão social*²⁴¹ e, também, que a aplicação da lei penal não resulte de uma seletividade pura e simples.

Em outras palavras, a aplicação da norma penal deve estar condicionada à demonstração de que a seleção do caso extraído da realidade complexa não se deu por meio de uma consolidação de estereótipos e preconceitos ínsitos à atividade das agências de criminalização secundária, mas que ela respeita o conceito republicano de liberdade.

O juiz não pode se manter no silêncio quanto à seletividade, até porque esse silêncio é constitutivo do poder punitivo²⁴², mas deve antes assumir a existência dessa em seu discurso e comprovar uma redução da irracionalidade ao decidir o caso penal. Somente quando o bem jurídico se insere como instrumento de garantia de proteção da liberdade, entendida como igualdade de tratamento, o Judiciário pode legitimar sua decisão, por reduzir o grau de irracionalidade inerente ao poder punitivo.

²³⁹ JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. p. 144.

²⁴⁰ JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. p. 144.

²⁴¹ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: O que se devenda a partir da presunção de evidência*. p. 12.

²⁴² Acerca do papel do silêncio, relembre-se do “primeiro WITTGENSTEIN”, do *Tractatus Logico philosophicus* para quem existia apenas as palavras que podem ser bem ditas e acerca do resto, *deve-se calar*. Num segundo momento o filósofo austríaco fez a constatação de que o silêncio é constitutivo da linguagem. Acerca dessa constatação, observe-se a lição de CARVALHO NETTO e SCOTTI: “Ao retirarmos do pano de fundo tacitamente compartilhado de silêncio qualquer palavra que consideremos de sentido óbvio, veremos que acerca de seu significado não havia um acordo racional, mas mero preconceito, ou seja, uma precompreensão irrefletida, um saber que se acreditava absoluto e que, por isso mesmo, não era saber algum [...] A comunicação como tal, por meio da linguagem, é muito improvável e, no entanto, ela se dá, nós nos comunicamos graças a esse pano de fundo compartilhado de silêncio que, é claro, é sentido naturalizado” (CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Direitos fundamentais e a (in) Certeza do Direito*. 2011. p. 30-31.). O silêncio quanto à seletividade tem grande relevância operativa do Direito Penal, razão pela qual se deve retirar a seletividade do silêncio das decisões judiciais.

Busca-se desvincular o bem jurídico de toda e qualquer função legitimante do sistema de justiça penal, Dessa forma, esse instituto tem como única atribuição a proteção da liberdade. Em suma: a funcionalização do bem jurídico ao ideal de contenção do poder punitivo implica que ele tenha como única função garantir o pleno exercício da liberdade individual, que deve ser entendida de forma relacional.

Conclusão.

O funcionalismo enfrenta a questão do bem jurídico, partindo da ideia de que *o fim do direito penal está situado na estabilidade da norma penal, como instrumento adequado à manutenção do sistema*²⁴³. Desse modo, ao mesmo tempo que o discurso jurídico penal afasta-se da ideia de pessoa humana concreta, perdem-se, em maior ou menor grau, os limites às garantias consideradas tradicionalmente como liberais, tais como o bem jurídico²⁴⁴. O Direito Penal, em um pensamento jurídico-penal funcionalista, *não pode se separar da política criminal, porque a política criminal faz parte do seu interesse central, porque ele mesmo é orientado segundo o output*²⁴⁵.

Em sua versão mais ortodoxa, esposada por JAKOBS, o bem jurídico é destituído de todo o papel constituído ao longo da história, qual seja, o de instrumento de proibição de incriminações sem lesividade social. Para o Professor de Bonn, restringe-se o bem jurídico à mera eficácia normativa e à garantia da identidade da sociedade. Essa perspectiva radical expurga os dados empíricos da teoria do Direito Penal e cria um discurso legitimante do Sistema de Justiça Criminal completamente alheio à realidade. Essa perspectiva é notadamente perigosa em um contexto de capitalismo *marginal*, tal qual o vivenciado na realidade brasileira, em que o Direito Penal opera com a sua eficácia invertida.

Por mais que JAKOBS tenha a pretensão de criar um discurso científico-racional acerca da norma penal, na medida em que pugna por um sistema normativista puro, lembra TAVARES que “*pode-se ver que a realidade social nem sempre corresponde ao discurso racional. Na maioria das vezes, em face das contradições antagônicas que se manifestam nas relações de produção, a norma mandamental está dirigida no sentido de sedimentar aquelas relações, até mesmo com o sacrifício de seus sujeitos*”²⁴⁶. Daí porque o “*confronto empírico deve descaracterizar a norma, quando os dados do conflito social indiquem que sua execução irá fortalecer as discriminações e as possibilidades de sua superação*”²⁴⁷.

²⁴³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 234.

²⁴⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 2001. p. 87.

²⁴⁵ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luís e Tórtima, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16.

²⁴⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 2012. p. 215.

²⁴⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 2012. p. 215.

No funcionalismo teleológico político-criminal, defendido por ROXIN, por sua vez, verifica-se que o autor parte da ideia de sociedade sistêmica e elabora um sistema conceitual funcional ao objetivo que ele atribui à pena²⁴⁸.

Nesse contexto, o autor formula a pretensão liberal de que o bem jurídico seja uma circunstância ou finalidade útil para o indivíduo e se restrinja *ao objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos*²⁴⁹. A formulação de ROXIN é válida, na medida em que limita o poder de incriminar atos imorais, fins ideológicos, bens jurídicos indeterminados, sentimentos e todos os preceitos discriminatórios.

No entanto, ao partir de um modelo intrassistêmico de bem jurídico, também ignora os dados deslegitimantes do poder punitivo, especialmente quanto à existência de uma sociedade em que o conflito é constitutivo da vida comunitária. Assim, o Professor de Munique formula uma ideia unitária de sociedade que valora, de forma uníssona, os bens jurídicos.

A forma de constituição social pressuposta por ROXIN não é verificável no mundo empírico. As teorias sobre as subculturas demonstraram a impossibilidade de uma sociedade cujos valores sejam homogêneos a ponto de permitir um plano de vida único. Essa crítica é agravada pela denominada escola do *labeling approach*, na medida em que essa corrente comprova a inexistência de valores *per se*, mas meramente valores dos observadores contrastados com o do observado²⁵⁰.

A crítica ao conceito de bem jurídico formulado pelo funcionalismo encontra na teoria pessoal de HASSEMER um norte para garantir os pressupostos de um Estado Democrático de Direitos. Isso porque o autor restringe o mencionado conceito a interesses concretos dos seres humanos e, assim, *é capaz de filtrar componentes ideológicos que, embora consistam apenas em projeções de valores sociais, pretendem-se obrigatórios e ameaçam, por isso, o direito penal liberal*²⁵¹. Também na medida em que o conceito proposto pelo autor ancora-se no mundo da vida, extingue-se a ideia de um bem jurídico constituído teleologicamente, sem vinculação

²⁴⁸ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2010. p. 61.

²⁴⁹ ROXIN, A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal? In: A proteção do Direito Penal como função do Direito Penal. 2013, p. 19.

²⁵⁰ TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade*. 2014, p. 160.

²⁵¹ NEUMANN, Ulfrid. *A teoria pessoal do bem jurídico*, tradução de Antonio Martins, Conferência, in Seminário Internacional em Homenagem a Winfried Hassemer, EMERJ, março/2014.

empírica. Entretanto, o Professor de Frankfurt acaba atrelando ao conceito do bem jurídico funções legitimantes do exercício do Sistema de Justiça Criminal, o qual, no mundo real, não cumpre nenhuma das funções manifestas, mas opera antes de forma incontrolável, com eficácia invertida.

Dessa forma, buscou-se, neste trabalho – com base na dogmática esposada, principalmente por TAVARES e ZAFFARONI, e na crítica criminológica de ANDRADE, BARATTA, BECKER, entre outros –, a construção da chamada “nova” teoria pessoal do bem jurídico, cujo pressuposto é o reconhecimento da falência do Direito Penal e a conseguinte funcionalização do conceito de bem jurídico ao ideal de garantia da liberdade e de contenção do poder punitivo. Nesse contexto, pretendeu-se expurgar qualquer função legitimante do poder punitivo do conceito de bem jurídico, bem como criticar a operacionalidade do Sistema de Justiça Criminal no mundo empírico.

Como conclusões lógicas decorrentes dessa perspectiva, apresentam-se que: (1) o bem jurídico deve ser um limite à criminalização de planos de vida compartilhados por integrantes de grupos sociais marginalizados; (2) o bem jurídico deve pressupor as outras instâncias de controle social e, na medida em que essas não se encontrarem operativas, deve afastar a incidência da norma penal; (3) somente se pode concluir pela lesividade do bem jurídico quando não existir a possibilidade de resolução do conflito por outra esfera de controle, porque o bem jurídico refere-se ao mínimo ético consubstanciado no *reconhecimento intersubjetivo*; (4) o bem jurídico, como instrumento de redução de irracionalidade do Direito Penal, condicionante da eficácia normativa, deve garantir a liberdade, concebida de forma relacional, e assim assegurar que a norma penal somente pode ser aplicada na hipótese de o caso pinçado da realidade complexa não o ter sido com base em uma seletividade discriminatória.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra mulher*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 48, maio/jun. 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. 1999

BARATTA, Alessandro. *Direitos Humanos: Entre a violência estrutural e a violência penal*.

BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2, n. 5. janeiro-março, 1994.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 2007, p. 21.

BECKER, Howard. *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*. 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de; **SCOTTI**, Guilherme. *Direitos fundamentais e a (in) Certeza do Direito*. 2011

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 1997. v. 1 e 2.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*. 2004.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2007.

GRECO, Luís e **TÓRTIMA**, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GUNTHER, Klaus. *A culpabilidade no Direito Penal atual e no Futuro*. Tradução Juarez Tavares. In: Revista Brasileira de ciências criminais. Ano 6 – n. 24 – outubro-dezembro, 1998

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*. 2008.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. 2007.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005.

HASSEMER, Winfried. *Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal?* In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien jurídico*. 2007.

HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. In: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. 1999.

HASSEMER, Winfried. *Três Temas de Direito Penal*. 1993.

JAKOBS, Gunther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 2010.

JAKOBS, Gunther. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración normativa de la Sociedad*. 2004

JAKOBS, Gunther. *Fundamentos do Direito Penal*. 2003.

JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. 2009.

JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade*. 2012.

LUHMANN, Niklas. *A constituição como aquisição evolutiva*, disponível em <<<http://docslide.com.br/documents/luhmann-niklas-a-constituicao-como-aquisicao-evolutiva.html>>>, acessado em 28/10/2015.

NEUMANN, Unfried. *A Teoria pessoal do Bem Jurídico*. (Conferência proferida no Seminário Internacional em homenagem a Winfried Hassemer – EMERJ – RIO DE JANEIRO – março de 2014). Tradução de Antônio Martins.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2012.

PETTIT, Philip. *Indigence and Sentencing in Republican Theory*. In: **HEFFERNAN**, William C; **KLEINIG**, John. *From Social Justice to Criminal Justice*.

PORCIÚNCULA NETO, José Carlos Nobre. *La <<exteriorización de lo interno>>: Sobre la Relación entre lo <objetivo>> y lo <<subjetivo>> en el tipo penal*. 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2013.

ROXIN, Claus. *A proteção do Direito Penal como função do Direito Penal*. 2013.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. 2008.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 13.

TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade*. 2014.

TAVARES, Juarez. Palestra: *Bem jurídico-penal e Constituição*, proferida no dia 9 de outubro de 2013 na UERJ e no dia 24 de março de 2015 na UnB.

TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: A incongruência dos métodos*. In: Revista brasileira de ciências criminais. ano 6 – n. 24 – outubro-dezembro 1998.

TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*, disponível em: http://www.juareztavares.com/Textos/os_objetos_simbolicos_da_proibicao.pdf.

TAVARES, Juarez. *Parecer sobre o bem jurídico pressuposto no crime de Lavagem de Dinheiro*. 2015.

TAVARES, Juarez. *Parecer sobre o sistema carcerário brasileiro*. 2015.

TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal*. 2014.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2003. p. 197.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 2012

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 2001.